



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

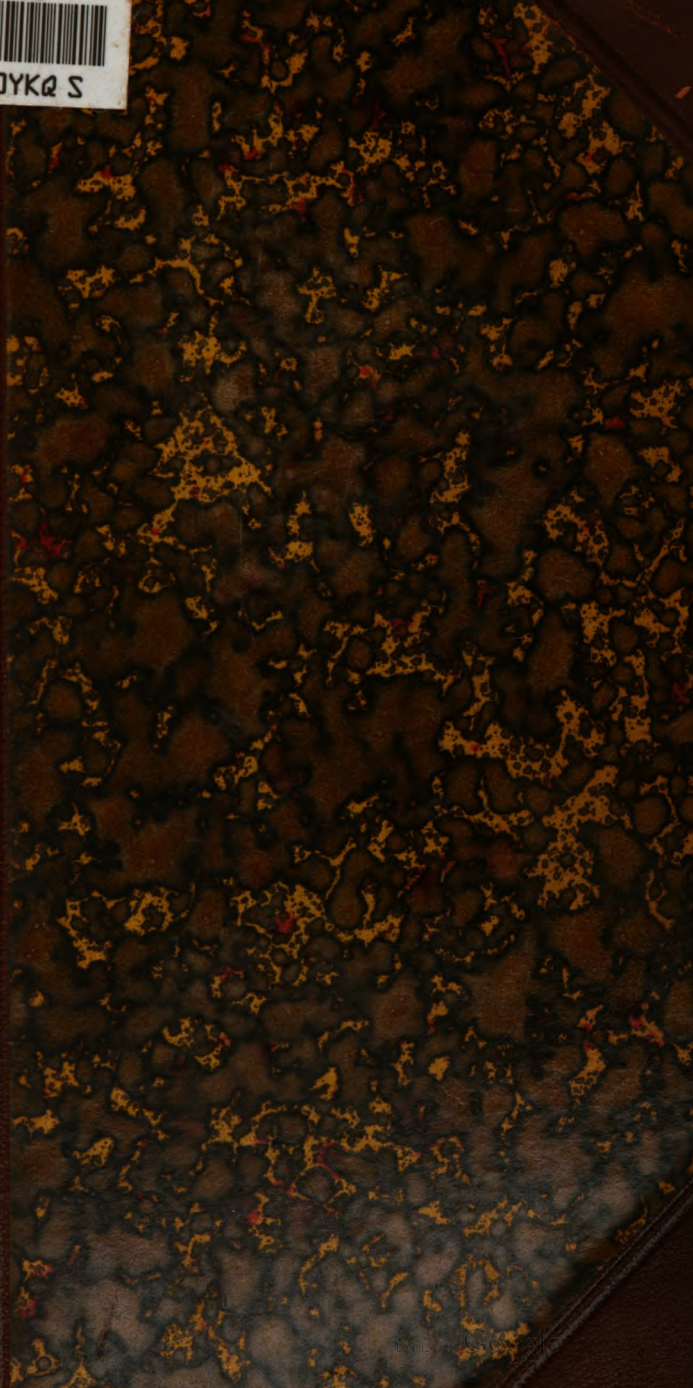
- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



HL DYKQ S





HARVARD LAW LIBRARY.

Received *June 6, 1902*



Blätter
für
Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert,

nun in Verbindung mit

Christian Carl Glüd und Carl Friedrich v. Dollmann

herausgegeben

von

Friedrich Stepper



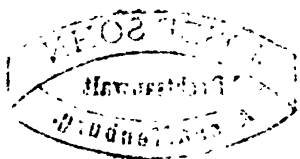
Neue Folge XL. Band.

Der gesammten Folge XXXI. Band.

Erlangen, 1866.

Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

Rec. June 6, 1902.



Druck von Junge & Sohn in, Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

einunddreißigsten Bande der Blätter für Rechtsanwendung

Neue Folge XL. Band.

Seite

Actio Pauliana , f. Paulianisches Rechtsmittel.	
Abjudikationsbescheid: dessen Nichtigkeit	368
Aktuare: an vormaligen Patrimonialgerichten, deren Dienst- verhältniß	317
Anerkennung einer Schuld auf Grund einer Berechnung als selbständiger Klaggrund	127
Anheirathung eines Gutes nach bayer. Landrechte	161, 177
Ansbacher Recht, f. Eheverlöbniß. Eheverträge.	
Anweisung: Wirkung einer mündlich erteilten, aber be- reits vollzogenen nach preuß. Rechte	314
Kaufmännische Anweisungen, f. Erben.	
Appellationsgerichte: deren Zuständigkeit in Vormund- schaftsachen standesherrlicher Familienglieder	86
(Berichtigung S. 176.)	
Assignment, f. Anweisung.	
Augsburger Wechselordnung: deren Bestimmungen über Haftung der Erben in Handels- und Wechselfachen 209, 225, 241 (Berichtigung. S. 240.)	
Ausland, f. Verbrechen.	
Ausländer, f. Kaution.	
Auslegung, f. Verträge.	
Bamberger Recht , f. Verschollenheit.	
Bauern, f. Bürgschaft.	
Bauholzkau eines Zimmermeisters: Kompetenz bezüglich der Klage auf Zahlung des Kaufschillings	302
Bauplaß: deren Umfang an einem Schulhause	44
Die Bestimmungen der markgräflich Brandenburgischen Kon- fiskationsordnung über die Kirchenbaulast sind auf kathol. Kirchen nicht anwendbar	349

Bayerisches Recht, s. Anheirathung. Beholdungsrecht. Bürgschaft. Erbverzicht. Holzbezug. Kollation. Legatar. Restitution.	
Beholdungsrecht: dessen Erlösung durch Nichtgebrauch nach bayer. Rechte	368
Benefizialerben, s. Erben.	
Berichtigungen zu Band XXX	80, 128
Berufungssumme in Streitigkeiten über ein bleibendes Recht auf wiederkehrende Leistungen	302
Besitzer, dritter: dessen Haftung für Hypotheken	90
Betrug: bei Sponsalien	363
Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügerlicher Veräußerung	415
Beweis des Eigenthums an Liegenschaften in der Münchener Stadtmarkung	152
Beweis zum ewigen Gedächtniß. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel	215
Beweiskraft, s. Strafurtheile.	
Beweismittel: von deren Gemeinschaftlichkeit	215
Beweissatz, s. Constitutum deb. proprii.	
Bezirksgericht, s. Nichtigkeit.	
Bodenzinskapitalien: über deren Priorität	75
Bürger, s. Bürgschaft.	
Bürgschaft: der Bauern nach bayer. Rechte	170
Bürgschaft der s. g. schlechten Bürger nach bayer. Rechte	91
Ist nach bayer. Rechte jeder Schuldner gehalten, auf Vergehren des Gläubigers die Schuld zu verbürgen?	129, 318
Cautio, s. Ration.	
Cession: eines Dienstverhältnisses	150
Ueber die Wirkung der Cession eines bereits gekündigten Kapitals	126
Ist die Cession einer Hypothekforderung nach gemeinem Rechte gültig, wenn hierüber eine notarielle Urkunde nicht errichtet wurde?	113
Nachtrag zu dieser Erörterung	193
Ist die Cession einer Forderung, welche mit einem Rechtstitel zur Hypothek versehen ist, ohne notarielle Beurkundung rechtsgültig?	195, 201
(Berichtigung. S. 224.)	
Die Cession einer mit einem vertragsmäßigen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek versehenen Forderung bedarf der notariellen Beurkundung	232
Constitutum debiti proprii: Beweissatz bei der Klage hieraus	413
Dienstverhältniß, s. Actuare. Cession.	
Dienstvertrag: dessen einseitige Aufhebung	172
Dispositionsbeschränkung: deren Vormerkung als Provisorium	377

	Seite
Disziplinarsachen: Rekurse in denselben	30
Durchfahrtsrecht: Thorschluß	252
Ehefrau: über deren gesetzlichen Titel zur Hypothekenerwerbung	160
Haftung der Ehefrau für Gewerbschulden	251
Eheverlöbniß: Einwilligung der verwittweten Mutter in	
das des volljährigen Sohnes, nach Ansbacher Recht	264
Ein Eheverlöbniß, bei welchem versprochen wird, ein An-	
wesen in die Ehe zu bringen, bedarf der notariellen Be-	
urkundung nicht	282
Betrügl. hervorgebrachter Irrthum über die Vermögens-	
verhältnisse des Mitkontrahenten als Grund zur Auflö-	
ung eines Eheverlöbnisses	363
Eheverträge: über deren Form nach Ansbacher Recht,	
insbesondere bei erbrechtlichen Bestimmungen	305
Eid: Voraussetzung, unter welcher der Tod dessen Ableist-	
ung vertritt	400
Eigenthum: dessen Erwerbung an Liegenschaften in der	
Münchener Stadtmärkung kann nur nach den Vorschriften	
der Grundbuchsordnungen erprobt werden	152
Wirkung des im Hyp.=Buche eingetragenen Eigenthums-	
vorbehaltes	343
Einführungsgesetz, s. Handelsgesetzbuch.	
Einkindschaft: deren Einfluß auf letztwillige Verfügungen	
nach fränkischem Rechte	408
Eisenbahnanlage: Entschädigungsanspruch der Fischerei-	
berechtigten wegen der durch dieselbe bewirkten Veränder-	
ung des Wasserlaufes	122
Entschädigungsanspruch wegen Veränderung eines Feld-	
weges durch eine Eisenbahnanlage	236
Enkel sind unter dem Ausdrücke „Kinder“ begriffen	69
Entschädigung, s. Eisenbahnanlage.	
Erben: über deren Rechtsverhältnisse in Beziehung auf	
Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsell., kauf-	
männischen Anweisungen und in Handelsachen, insbesondere:	
a) über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die	
Zuständigkeit und das Verfahren	33, 49
(Berichtigung. S. 128.)	
b) über die Vollstreckungseinrede des Benefizialerben we-	
gen Unzulänglichkeit der Erbschaft, die erbchaftliche	
Liquidation und die Gerichtszuständigkeit bei dieser	97
c) über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger	
Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Han-	
delsprozeßgesetze	209, 225, 241
(Berichtigung. S. 240.)	
d) über das Verhältniß der erbchaftlichen Liquidation	
zur handelsgerichtlichen Einzelstreitsache	321
Erbverträge: der Güterübergaben der Eltern an eines ihrer	
Kinder.	121
(Berichtigung. S. 160.)	

Erbverzicht: nach bayerischem Rechte	248
Exekution, s. Immobilärerexekution.	
Exekutivprozeß: ist dessen Zulässigkeit davon abhängig, daß aus der Urkunde die causa debendi ersichtlich sei?	416
Familienfideikommiß, Landesheruliche: über deren Behandlung	1
Farbwaaren: Kompetenz bezüglich der Klage auf Zahlung des Kaufpreises für die einem Maler und Anstreicher zu seinem Gewerbsbetriebe gelieferten	270
Feldwegveränderung, s. Eisenbahnanlage.	
Fischereirecht: Entschädigungsanspruch wegen dessen Beeinträchtigung durch Eisenbahnanlage	122
Flächenmaß, s. Gutsverkauf.	
Forstrechte, s. Beholzungsrechte. Holzbezug.	
Forststrafgerichte: deren Zuständigkeit	361
Frankisches Recht, s. Einkindschaft. Gutsabtretung.	
Französische Civilprozeßordnung: deren Bestimmung bezüglich der Kompetenz in Klagsachen gegen Erben aus Handelsgeschäften ihres Erblassers	246
Frei- und Nachlaßgesuch zu Abwendung der Konkurs-eröffnung	352
Gefangenenverpflegung: über Gestattung besserer als der gewöhnlichen in den Bezirks- und Polizeigerichtsfängnissen	17
Gegenbeweis, s. Unvorbenklichkeit.	
Gemischtgerichtliche Untersuchungen: sind nur dann veranlaßt, wenn bei einer strafbaren Handlung nebst Soldaten auch bestimmte und bekannte Civilpersonen als Beschuldigte theilhaftig sind	191
Die wegen der Voraussetzung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung einmal begründete Zuständigkeit des bürgerlichen Untersuchungsrichters wird bezüglich eines im Vergehensgrade theilhaftigen Soldaten nicht dadurch aufgehoben, daß die nur im Uebertretungsgrade theilhaftigen Civilpersonen vom betreffenden Einzelrichter gesondert abgeurtheilt wurden	173
Die gemischtgerichtliche Untersuchung, welche wegen eines dem theilhaftigen Soldaten nur als Uebertretung anzurechnenden Vergehens der Schlägerei geführt wird, umfaßt auch die dem Soldaten allein zur Last liegenden Verbrechen	353
Wenn eine von Civilpersonen und einem Soldaten vollführte Schlägerei auch nur auf Seite des Soldaten zum Vergehen gesteigert wird, sind die Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben	385
Gerichtszeit	220
Gewerbschulden: über den Umfang der Haftung für dieselben von solchen Ehefrauen, welche mit den Ehemännern zu offenem Kram und Laden sitzen	251

	Seite
Gewerbskonzession: das Versprechen, für den Verzicht auf eine persönliche eine Geldsumme zu zahlen, erzeugt eine klagbare Verbindlichkeit	94
Gewerbsvereine: Aktivlegitimation eines Gewerbsvereines zur klagbaren Verfolgung eines der früheren Junkt desselben Gewerbes erworbenen Rechtes	187
Gutsabtretung mit Nabrungsvertrag: deren Natur nach gem. und Würzburger Rechte	346
Gutsanheirathung, s. Anheirathung.	
Gutsübergabe, s. Erbverträge.	
Gutsverkauf ohne Haftung für Flächenmaß	25
Haftung, s. Erben. Gewerbschulden. Gutsverkauf. Hypotheken.	
Handelsgerichte: über die Behandlung der Geschäfte bei denselben	65
Kompetenzkonfliktentscheidungen im Betreffe von Sachen, welche nicht vor die Handelsgerichte, sondern vor die ordentlichen Gerichte gehören 239, 253, 270, 302	302
(S. das Nähere unter Kompetenz).	
Handelsgesetzbuch: zu Art. 57 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zu demselben	65
Handelsfachen: das von einem Kaufmanne einem Nichtkaufmanne gegebene Darlehen ist an sich keine Handelsfache Immobiliarexecution in Handelsfachen	393
(Verichtigung. S. 304.)	283
Haftung der Erben in Handels- und Wechselfachen, s. Erben.	
Heerergänzungsgesetz: Gerichtsstand der dienstpräsen-ten Soldaten wegen Uebertretung gegen dessen Vorschriften Kompetenz zur Aburtheilung wegen Vergehens der Wider-spensigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz	189
	387
Hehlerei: gehört vor den für die Haupthandlung begrün-deten Gerichtsstand	357
Holzbezug: das Recht, Holz aus einem Walde um die nie-dere Forstare zu beziehen, ist ein Forstrecht im Sinne des bayer. Landrechtes	269
Hypotheken: Haftung des dritten Besitzers für dieselben	90
Hypothekforderung: deren Cession, s. Cession.	
Hypothekengesetz: zu S. 23 desselben	336
Hypothekengläubiger: dessen Befugniß, wenn ihm die Tagefahrt zur Versteigerung des Hypothekenobjectes nicht besonders bekannt gemacht wurde	368
Hypothekenklage: kann gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes auf die vom Schuldner bewilligte Vor-merkung einer Hypothek allein nicht gegründet werden . .	397
Hypothektitel der Ehefrauen	160
Immobiliarexecution in Handelsfachen	283
(Verichtigung zu Note 1 S. 304.)	

	Seite
Immobilien, Verträge über solche, s. Notariatsgesetz.	
Indossament, s. Wechsel.	
Inventar: dessen Form bei bedingtem Erbschaftsantritt	350
Inzidentrestitution, s. Restitution.	
Irrthum, s. Eheverlöbniß. Restitution.	
Kaufvertrag: dessen Erfüllung Zug um Zug	295
Kautio: sind Eltern den Kindern zur cautio usufructuaria verbindlich?	59
Kautionspflicht des Ausländers	208
Kinder: unter diesem Ausdrücke sind auch Enkel verstanden	69
Kirchenbaulast, s. Baulast.	
Kollation der Studientkosten nach bayer. Rechte	48
Kompensation: kann gegen eine sofort liquide Forderung mit einer noch illiquiden Gegenforderung nach Preuß. Rechte kompensirt werden?	136
Kann einer vor dem ordentlichen Gerichte eingeklagten Forderung mit einer aus einem Handelsgeschäfte abgeleiteten Kompensationseinrede begegnet werden?	280
Kompetenz: für die Klagen gegen Erben wegen Schulverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsel- oder Handelsgeschäften	38
Ueber die Gerichtszuständigkeit bezüglich der erbchaftlichen Liquidation, wenn die Benefizialerben eines solchen Erblassers die Vollstreckungseinrede wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft vorbrachten	103
Zur Kompetenz des ordentlichen Gerichtes gehört die Forderung gegen einen Zimmermeister auf Entrichtung des Kauffchillings für das demselben gelieferte Bauholz	302
Desgleichen die Klage auf Beitreibung des Kaufpreises für die einem Maler und Anstreicher zu seinem Gewerbsbetriebe gelieferten Farbwaaren	270
Desgleichen die Forderung gegen einen Schieferbedeker auf Zahlung des Kaufpreises für das demselben zur auffordmässigen Herstellung eines Daches gelieferte Material	239
Kompetenzfrage bezüglich der Klage aus einem Pechlieferungsvertrage	253
Kompetenzverhältniß bei der Immobiliareretution in Handelsachen	283
(Berichtigung zu Note 1 S. 304.)	
Kompetenz in Verlassenschaften der Soldaten	318
Kompetenz der Appellationsgerichte in Vormundschastsachen standesherrlicher Familienglieder	86
(Berichtigung. S. 176.)	
Kompetenz bezüglich des von einem Inländer im Auslande begangenen Verbrechens	223
Die Zuständigkeit zur Voruntersuchung wird dadurch nicht alterirt, daß die anfänglich indizirte Verbrechenseigenschaft der That während der Voruntersuchung wieder zweifelhaft wird	221

	Seite
Kompetenz, wenn sich gegen den im Ungehorsamsverfahren Abgeurtheilten während des ihm noch offen stehenden Einspruches eine Untersuchung neuerdings ergibt . . .	355
Kompetenz bezüglich der von einem beurlaubten Soldaten verübten und durch Rückfall zum Vergehen gesteigerten Körperverletzung . . .	175
Kompetenzverhältniß, wenn im Verlaufe einer Schlägerei, an welcher sich mehrere Personen betheiligten, von einer einzelnen Person eine bestimmte Körperverletzung begangen wird . . .	389
Zuständigkeit wegen Fehlerei . . .	357
Kompetenz wegen Vergehens der Widerseßlichkeit gegen das Heerergänzungsgeß . . .	387
Kompetenz wegen Uebertretung gegen die Vorschriften dieses Gesetzes von Seite dienßpräsender Soldaten . . .	189
Zuständigkeit der Forststrafgerichte . . .	361
Von der Zuständigkeit bezüglich gemischtgerichtlicher Untersuchungen, s. Gemischtgerichtliche Untersuchungen.	
Kompetenzkonflikte unter Gerichten: Entscheidungen des obersten Gerichtshofes hierüber 173, 189, 221, 239, 253, 270, 283, 302, 318, 353, 385	
Konkurrenz, s. Zusammenfluß.	
Konkurseröffnung: Frist- und Nachlaßgesuch zu deren Abwendung . . .	352
Konfistorialordnung, markgräfl. Brandenburgische, s. Baulast.	
Körperverletzung: durch Rückfall Vergehen . . .	175
Körperverletzung bei einer Schlägerei; Kompetenz . . .	389
Kosten, s. Revision.	
Kündigung: durch Klagestellung. (Preuß. Recht) . . .	158
Cession eines gekündigten Kapitals . . .	126
Kuratelerinnerung, s. Stiftungsprozesse.	
Legatar: derselbe kann nach bayer. Rechte den vom Erben während des Schwabens der Bedingung veräußerten Gegenstand vom dritten Besitzer nicht vindizieren . . .	84
Der bedingt honorirte Legatar hat nach Eintritt der Bedingung einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer der legirten Sache . . .	145
Liquidation, erbshastliche, s. Erben.	
Materiallieferung an Schieferbeder: Kompetenz bezüglich der Klage auf Zahlung . . .	239
Münchener Grundbuch: Eigenthumbeweis . . .	152
Nachlaßgesuch s. Konkursöffnung.	
Richtigkeit: unheilbare entsteht nicht daraus, wenn ein Bezirksamt eine vor ein in seinem Sprengel gelegenes	

Stadt- oder Landgericht gehörige Sache verhandelt und entscheidet	110
Nichtigkeit des Abjudikationsbescheides	368
Nießbrauch: sind Eltern schuldig, ihren Kindern eine derafallige Kautio zu leisten?	59
Notariatsgesetz: was ist unter Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, im Sinne des Art. 14 des N.G. zu verstehen?	369
Ueber die Wirksamkeit einer nicht notariell verbrieften Cession einer Hypothekforderung	113, 193
Ist notarielle Beurkundung bei der Cession einer mit einem Rechtstitel zur Hypothek versehenen Forderung nothwendig?	195, 201, 232
(Berichtigung S. 224.)	
Wenn bei dem Verkaufe eines Waldes noch auf dem Waldgrunde stehende Bäume vom Verkaufe ausgenommen werden wollen, so muß diese Nebenbestimmung des Kaufvertrages in die Notariatsurkunde ausgenommen werden	14
Die Abrede, daß neben dem Kaufpreise für Immobilien s. g. Strichkreuzer bezahlt werden sollen, ist ohne notarielle Beurkundung rechtsunwirksam	79
Ein Eheverlöbniß, bei welchem sich der eine Theil verpflichtet, ein Anwesen in die Ehe zu bringen, bedarf der notariellen Beurkundung nicht	282
Der Vertrag, wodurch zum Zwecke des Ankaufes eines Immobile von einem Dritten eine Gesellschaft geschlossen oder Auftrag erteilt wird, bedarf der notariellen Errichtung nicht	384
Verträge, durch welche das Eigenthum an Immobilien übertragen werden soll, unterliegen der Vorschrift des Notariatsgesetzes Art. 14 auch dann, wenn ihnen der Name eines anderen Vertrages gegeben ist	381
Einfluß der Simulation auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen	218
Nürnberg'sche Handelsgerichtsordnung und Wechselordnung: deren Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsel- und Handelsgeschäften	245
Nürnberg'sches Recht, s. Servituten.	

Patrimonialgerichtsaktuare, s. Aktuare.

Paulianisches Rechtsmittel: Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung im Hypothekenbuche gegen den Eigenthümer, dessen Erwerbstitel mit der Paulianischen Klage angefochten ist, vom Prozeßrichter als Provisorium angeordnet	377
Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügerlicher Veräußerung	415

	Seite
Bedarfsvertrag: inwiefern nicht als Handelsge- schäft anzusehen	253
Berchrecht	366
Preussisches Recht, s. Anweisung. Kompensation. Kündigung. Willenserklärung.	
Priorität, s. Vobenzinskapitalien.	
Privatflüsse: Wasserbenützung, desfalliger Servitutener- werb	328
Prozeßkosten: deren Liquidation ist Civilprozeßsache . . .	47
Realoblation, s. Zahlung.	
Refurje, s. Disziplinarfachen.	
Restitution: der Kinder gegen Eltern (gem. u. bayer. Recht)	31
Inzidentrestitution gegen Versäumnis eines präjudiziellen Termins wegen entschuldbaren Irrthums des Anwaltes . . .	208
Revision: die durch eine unzulässige entstandenen Kosten trägt der Revident, wenn er auch nachträglich auf das Rechtsmittel verzichtet	250
Rücktritt vom Meistgebote, s. Subhastation.	
Scheinvertrag, s. Simulation.	
Schieferdecker: Kompetenz für die Klage gegen denselben auf Zahlung des Kaufpreises für das ihm zur auffordmßi- gen Herstellung eines Daches gelieferte Material	239
Schlägerei, s. Körperverletzung.	
Schuldanererkennung, s. Anerkennung.	
Schulhaus, s. Baulast.	
Servituten: deren Erwerbung auf Benützung des Was- fers der Privatflüsse	328
Servitutenerfüßung nach Nürnberger Recht	267
Simulation: deren Einfluß auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen	218
Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügllicher Ver- äußerung	415
Soldaten, s. Gemischtgerichtliche Untersuchungen. Heerergänzungsgeß. Verlassenschaften.	
Sponsalien, s. Eheverlöbniß.	
Standesherrn, s. Familiensideikommiss. Vor- mundschaften.	
Stiftungsprozesse: über die Einholung einer s. g. Ka- meral- oder Kuratelerinnerung	337
Strafurtheile: über deren Beweisraft im Civilprozeß . . .	92
Strichkreuzer, s. Notariatsgeß.	
Studienkosten, s. Kollation.	
Subhastation: ist der Meistbietende berechtigt, von dem Kaufe zurückzutreten, wenn das Gericht die Zustellung des Zuschlagsbefehres binnen 14 Tagen unterläßt?	81

	Seite
Testament: Können Einkindschaftsekttern zu Gunsten armer Verwandten testiren? (Fränkisches Recht)	408
Thorschuß: beim Durchfahrtsrechte	252
Uferschuß: Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten	122
Unterschrift, s. Willenserklärung.	
Unvordenklichkeit: Gegenbeweis	234
Verbrechen: Zuständigkeit bezüglich eines von einem Inländer im Auslande begangenen Verbrechens	223
Successive Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen	257
Verbürgung, s. Bürgschaft.	
Verfahren: bei Ansprüchen gegen Erben in Handels- und Wechselsachen	33, 49
Verjährung der Wechsel, s. Wechselverjährung.	
Verkauf eines Walbes, s. Waldverkauf.	
Verlassenschaften der Soldaten: Kompetenz	318
Vermächtniß, bedingtes, s. Legatar.	
Verschollenheit: Streitfragen aus der Lehre hievon nach Bamberger Recht	273, 289
Verträge: Auslegung und Abänderung derjenigen, welche zu ihrer Giltigkeit gerichtliche Bestätigung erfordern	360
Von den Verträgen über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, welche der Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes unterliegen, s. Notariatsgesetz.	
Vertragserfüllung beim Kaufe	295
Verzicht, s. Erbverzicht. Gewerbeskonzeßion. Revision.	
Vindikation bei bedingten Legaten, s. Legatar.	
Vereinreden, deren Verwerfung während der Instruction des Prozesses	401
Vormundschaften standesherrlicher Familienglieder: Kompetenz	86
(Berichtigung S. 176.)	
Vorzugsrecht, s. Bodenzinskapitalien.	
Waldverkauf mit Ausnahme auf dem Waldgrunde stehender Bäume	14
Wasserbenützung bei Privatflüssen; Erwerb darauf bezüglicher Servituten	328
Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten nach dem Wasserbenützungsgesetze	122
Wechsel: Ansprüche aus verjährtem, mit Indossament versehenem Wechsel	39
Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schulverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, s. Erben.	
Wechselverjährung	39
Weideberechtigter: dessen Verpflichtung, die Schafe auf der beweideten Flur Wittergrube halten zu lassen	366

	Seite
Willenserklärung: eine ausdrückliche liegt in der Unterschrift einer Urkunde (Preuss. Recht).	156
Würzburger Recht s. Fränkisches Recht.	
Zahlung: Realoblation einer Geldzahlung	159
Zusammenfluß: von der prozessualen Behandlung desselben zwischen einer in der Berufungsinstanz hängigen und einer neu aufkommenden Strafsache	257
Zuständigkeit s. Kompetenz.	

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 13. a) Kompetenz bezüglich der Klagen gegen Erben wegen Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsel- und Handelsgeschäften. 38. b) Zuständigkeit bezüglich der erbchaftlichen Liquidation, wenn der Benefizialerbe eines solchen Erblassers die Vollstreckungseinrede wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft vorbrachte. 103. — Ueber die Fälle, in welchen die Zuständigkeit des Handelsgerichtes in Frage war, s. unter D. Handels- und Wechselprozeß.

Drittes Kapitel. §. 3. a) Vormerkung der Dispositionsbeschränkung als Provisorium. 377. b) Ist die Zulässigkeit des Executivprocesses davon abhängig, daß aus der Urkunde die causa debendi ersichtlich sei? 416.

Viertes Kapitel. §. 7. a) Aktivlegitimation eines Gewerbsvereines zur klagbaren Verfolgung eines der früheren Junkt desselben Gewerbes erworbenen Rechtes. 187. b) Das reine Indossament eines verjährten Wechsels kann bei der Klage aus dem demselben vorausgegangenen Civilrechtsgeschäfte im ordentlichen Verfahren nicht zur Aktivlegitimation dienen. 39. c) Kündigung durch Klagestellung. 158.

Sechstes Kapitel. §. 4. Verwerfung von Voreinreden während der Instruktion des Processes. 401. — §. 5. Kann einer vor dem ordentlichen Gerichte eingeklagten Forderung mit einer aus einem Handelsgeschäfte abgeleiteten Kompensationseinrede begegnet werden? 280. — §. 16. Gerichtszeit. 220.

Siebentes Kapitel. §. 10. Restitution gegen Fristversäumniß wegen entschuldbaren Irrthums des Anwaltes ohne Rücksicht auf dessen Zahlungsfähigkeit. 208.

Achttes Kapitel. §. 5. Kautionspflicht des Ausländers. 208.

Neuntes Kapitel. §. 14. a) Beweis des Eigenthums

an einer Piegenschaft der Münchener Stadtmarkung. 152. b) Beweislast bei der Klage aus dem *constitutatum debiti proprii*. 413.

Zehntes Kapitel. §. 9. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. 215. — §. 21. Beweis zum ewigen Gedächtniß. 215.

Elftes Kapitel. §. 2. Beweisraft des Strafurtheiles im Civilprozeffe. 92.

Dreizehntes Kapitel. §. 2. Vorausfetzung, unter welcher der Tod die Ablöfung des Eides vertritt. 400.

Vierzehntes Kapitel. §. 4. Ueber die Einholung einer Kuratelerinnerung in Stiftungsprozessen. 337.

Fünfzehntes Kapitel. §. 3. Berufungssumme, f. unter D. — §. 5. Die Beschwerde im Betrefse der Prozeßkostenliquidation ist nicht als Extrajudizialbeschwerde zu betrachten. 47. — §. 10. Die durch eine unzulässige Revision erwachsenen Kosten kann der Revident durch nachträglichen Verzicht auf das Rechtsmittel nicht abwenden. 250.

Sechszehntes Kapitel. §. 2. a) Es bildet keinen Fall unheilbarer Nichtigkeit, wenn ein Bezirksgericht eine vor ein in seinem Sprengel gelegenes Stadt- oder Landgericht gehörige Sache verhandelt und entscheidet. 110. b) Nichtigkeit des Adjudikationsbescheides. 368.

Siebenzehntes Kapitel. §. 4. Prozeßkostenliquidation ist Civilprozeßsache. 47.

Achtzehntes Kapitel. §. 7. Immoiliarereruktion auf Requisition des Handelsgerichtes. 283. (Vertichtigung 304.)

Neunzehntes Kapitel. §. 3. Frist- und Nachlaßgesuch zu Abwendung der Konkursöffnung. 352. — §. 19. a) Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung als Provisorium auf Anlaß der Paulianischen Klage. 377. b) Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügerlicher Veräußerung. 415.

Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

Ueber die Priorität der Bodenzinskapitalien. 75.

B. Novelle vom 22. Juli 1819.

§. 8. Kautionspflicht des Ausländers. 208.

C. Novelle vom 17. November 1837.

§. 38. Restitution gegen Verdamniß eines präjudizialen Termines wegen entschuldbaren Irrthums des Anwaltes. 208. —

§. 90. Befugniß des Hypothekengläubigers, welchem die Tagesfahrt zur Verfertigung des Hypothekenobskelles nicht besonders bekannt gemacht wurde. 368. — §. 102. Ist bei der Subhaftation unbeweglicher Güter der Meistbietende berechtigt, von dem Kaufe zurückzutreten, wenn das Gericht die Zustellung des Zuschlagsobskelles binnen vierzehn Tagen unterläßt? 31.

D. Gesetz vom 23. Mai 1846.

Berufungssumme in Streitigkeiten über ein bleibendes Recht auf wiederkehrende Leistungen. 302.

E. Handels- und Wechselprozeß.

1) Ueber die Behandlung der Geschäfte bei den Handelsgerichten. 65. 2) Das von einem Kaufmanne einem Nichtkaufmanne gegebene Darlehen ist an sich keine Handelsache. 393. 3) Die Forderung gegen einen Schieferbedecker auf Zahlung des Kaufpreises für das demselben zur auffordmässigen Herstellung eines Daches gelieferte Material gehört nicht zum Handelsgerichte. 239. 4) Der Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet, das von ihm in einem dazu gepachteten Walde gewonnene Besch um einen bedungenen Preis zu liefern, ist auf Seite des Lieferanten kein Handelsgeschäft. 253. 5) Die Klage auf Beitreibung des Kaufpreises für die einem Maler und Anstreicher zu seinem Gewerbsbetriebe gelieferten Farbwahren gehört zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes. 270. 6) Die Forderung gegen einen Zimmermeister auf Entrichtung des Kaufschillings für das demselben gelieferte Bauholz gehört zur Kompetenz des ordentlichen Gerichtes. 302. 7) Immobiliärerediten in Handelsachen. 283. (Berichtigung. 304.) 8) Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wecheln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsachen, insbesondere a) über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren. 33, 49. (Berichtigung. 128.) b) Ueber die Vollstreckungseinrede des Benefizialerben wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft, die erbbschaftliche Liquidation und die Gerichtszuständigkeit bei dieser. 97. c) Ueber die beschaffigen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze. 209, 225, 241. (Berichtigung. 240.) d) Ueber das Verhältniß der erbbschaftlichen Liquidation zur handelsgerichtlichen Einzelsreitache. 321. — E. auch zur Gerichtsordnung Kap. VI §. 5.

Notariatsgesetz vom 10. November 1861.

Zu Art. 14. a) Was ist unter Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, im Sinne des Art. 14 zu verstehen? 369. b) Verträge, durch welche das Eigentum an Immobilien übertragen werden soll, unterliegen der Vorschrift des Art. 14 auch dann, wenn ihnen der Name eines andern Vertrages gegeben ist. 381. c) Einfluß der Simulation auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen. 218. d) Ueber die Wirksamkeit einer nicht notariell verbrieften Cession einer Hypothekforderung. 113, 193. e) Ist notarielle Beurkundung bei der Cession einer mit einem Rechtstitel zur Hypothek versehenen Forderung notwendig? 195, 201, 232. (Berichtigung. 224.) f) Wenn bei dem Verkaufe eines Waldes noch auf dem Waldgrunde stehende Bäume vom Verkaufe ausgenommen werden wollen, so muß diese Reservationsbestimmung in die Notariatsurkunde aufgenommen werden. 14. g) Die Abrede, daß neben dem Kaufpreise für Immobilien sog. Strichkreuzer bezahlt werden sollen, ist ohne notarielle Beurkundung rechtswirksam. 79. h) Ein Eheverlöbniß, bei welchem sich ein

Theil verpflichtet, ein Anwesen in die Ehe zu bringen, bedarf der notariellen Beurkundung nicht 282. i) Der Vertrag, wodurch zum Zwecke des Ankaufes eines Immobile von einem Dritten eine Gesellschaft geschlossen oder Auftrag erteilt wird, bedarf der notariellen Beurkundung nicht. 384.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Ausdrückliche Willenserklärung durch Unterschrift einer Urkunde. (preuß. Recht.) 156. b) Unvordenklichkeit; Gegenbeweis. 234.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. a) Beweis des Eigenthums an einer Liegenschaft der Münchener Stadtmärkung. 152. b) Acquisitivverjährung der Servituten nach Nürnberger Statutarrechte. 267. c) Benützung des Wassers der Privatflüsse. Erwerb darauf bezüglicher Servituten. 328. d) Ueber den Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten nach dem Wasserbenützungsgesetze, sowie dem Gesetze über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen. 122. e) Entschädigungsanspruch wegen Veränderung eines Feldweges durch eine Eisenbahnanlage. 236. f) Durchfahrtsrecht; Thorschluß. 252. g) Verpflichtung des Weideberechtigten, die Schafe auf der beweideten Flur Mittagsruhe halten zu lassen. Natur dieses Rechtsverhältnisses. 366. h) Das Recht, Holz aus einem Walde um die niedere Forsttare zu beziehen, ist ein Forstrecht im Sinne des bayer. Landrechtes. 269. i) Das Beholdungsrecht erlischt nach dem bayer. Landrechte durch Nichtgebrauch in zwanzig Jahren. 368. k) Umfang der Baulast an einem Schulhause. 44. l) Die Bestimmungen der markgräfllich brandenburgischen Konsistorialordnung über die Kirchenbaulast sind auf katholische Kirchen nicht anwendbar. 349. m) Sind Eltern schuldig, ihren Kindern eine cautio usufructuaria zu leisten? 59. n) Zum §. 23 des Hypothekengesetzes. 336. o) Ueber den gesetzlichen Hypothekentitel der Ehefrauen. 160. p) Haftung des dritten Besitzers für Hypotheken. 90. q) Die Hypothekenklage gegen den dritten Besitzer kann auf eine vom Schuldner bloß bewilligte Hypothekenvormerkung allein nicht gegründet werden. 397. r) Wirkung des in zweiter Rubrik des Hyp.-Buches eingetragenen Eigenthumsvorbehaltes. 343.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. a) Realoblation einer Geldzahlung. 159. b) Kann gegen eine sofort liquide Forderung mit einer noch illiquiden Gegenforderung kompensirt worden? (preuß. Recht.) 136. c) Restitution der Kinder gegen die Eltern. (Gemeines und bayer. Recht.) 31. d) Ueber den Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten nach den Gesetzen über Wasserbenützung, Uferschutz und Schutz gegen Ueberschwemmungen. 122. e) Entschädigungsanspruch wegen Veränderung eines Feldweges durch eine Eisenbahnanlage. 236. — 2) Verträge. Allgemeines hiervon. a) Auslegung und Abänderung der Verträge, welche zu ihrer Gültigkeit gerichtliche Bestätigung erfordern. 300. b) Was ist unter Verträgen, welche dingliche

Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, im Sinne des Art. 14 des Notariatsgesetzes zu verstehen? 369. c) Das Versprechen, für den Verzicht auf eine persönliche Gewerbeskonzession eine Geldsumme zu zahlen, erzeugt eine klagbare Verbindlichkeit. 94. d) Einfluß der Simulation auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen. 218. e) Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügllicher Veräußerung. 415. — 3) Einzelne Verträge. a) Anweisung. Wirkung einer mündlich erteilten, aber bereits vollzogenen. (preuß. Recht.) 314. — b) Bürgschaft. α) Ist nach dem bayer. Landrechte jeder Schuldner verpflichtet, auf Begehren seines Gläubigers die Schuld zu verbürgen? 129, 318. β) Bürgschaft der „schlechten Bürger und Bauern“ nach bayer. Landrechte. 91. γ) Bürgschaften der Bauern nach bayer. Landr. 170. — c) Cession. α) Ueber die Wirkung der Cession eines bereits gekündigten Kapitals. 126. β) Ueber die Cession eines Dienstverhältnisses. 150. γ) Ist zur Cession einer Hypothekforderung notarielle Beurkundung erforderlich? 113, 193. δ) Ist zur Gültigkeit der Cession einer mit einem Rechtstitel zur Hypothek versehenen Forderung notarielle Beurkundung nothwendig? 195, 201, 232. (Berichtigung 224.) — d) Constitutum debiti proprii. α) Beweislaß bei der Klage hieraus. 413. β) Anerkennung einer Schuld auf Grund einer Berechnung als selbständiger Klagegrund. 127. — e) Dienstvertrag. α) Dessen einseitige Aufhebung. 172. β) Dienstverhältniß der vormaligen Patrimonialgerichtsaktuare. 317. — f) Gutsabtretung mit Nahrungsvertrag, deren Natur nach gem. u. würzburg. Rechte. 346. — g) Kauf. α) Dessen Erfüllung Zug um Zug. 295. β) Gutsverkauf ohne Haftung für Flächenmaß. 25. γ) Verkauf eines Waldes mit Ausnahme von noch auf dem Waldgrunde stehenden Bäumen. 14. δ) Eigenthumsvorbehalt beim Verkaufe eines Immobile. 343. — 4) Actio Pauliana. α) Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung im Hyp.-Buche auf Veranlassung der Paulianischen Klage. 377. β) Unterschied zwischen Scheinvertrag und betrügllicher Veräußerung. 415.

D. Familienrecht. a) Bedeutung des Ausdrucks „Kinder“. 69. b) Sind Eltern schuldig, ihren Kindern eine cautio usufructuaria zu leisten? 59. c) Kinder können nach bayerischem Rechte, wie nach gem. Rechte, gegen die Handlungen ihrer leiblichen Eltern keine Restitution erlangen. 31. d) Eheverlöbniß nach Ansbacher Provinzialrecht. Einwilligung der verwitweten Mutter zu dem Eheverlöbniß ihres volljährigen Sohnes. 264. e) Betrüglich hervorgebrachter Irrthum über die Vermögensverhältnisse des Mitkontrahenten als Grund zur Auflösung eines Eheverlöbnisses. 363. f) Ueber die Form der Eheverträge nach dem Ansbacher Statutarrechte, insbesondere wenn sie erbrechtliche Bestimmungen enthalten. 305. g) Ein Eheverlöbniß, bei welchem sich der eine Theil verpflichtet, ein Anwesen in die Ehe zu bringen, bedarf der notariellen Beurkundung nicht. 282. h) Anheirathung eines Gutes nach bayer. Landrechte. 161, 177. i) Ueber den gesetzlichen Hypothektitel der Ehefrauen. 160. k) Umfang der Haftung solcher Ehefrauen, welche mit den Ehemännern zu offenem Kram und La-

den Äßen, für die Gewerbschulden. 251. 1) Zuständigkeit der Appellationsgerichte in Vormundschaftsachen standesherrlicher Familienglieder. 86. (Berichtigung. 176.)

E. Erbrecht. a) Drei Streitfragen aus der Lehre von der Verschollenheit nach Bamberger Landrecht. 273, 289. b) Kompetenz zur Behandlung der Verlassenschaft eines Soldaten, welcher keinen bestimmten Wohnsitz gehabt hat. 318. c) Zur Lehre vom Erbverzicht nach bayer. Landrechte. 248. d) Form des Inventars bei bedingtem Erbschaftsautritte. 350. e) Kollationspflicht bezüglich der Studienkosten nach bayer. Rechte. 48. f) Ueber die Haftung der Erben in Handels- und Wechselsachen, s. unter Handels- und Wechselrecht. g) In wieferne erstreckt sich die Befugniß der Einkindschaftseltern, Testamente ad pias causas zu errichten, auf Testamente zu Gunsten armer Verwandten? (fränk. Recht.) 408. h) Ueber die Behandlung der standesherrlichen Familienfideikommiße. 1. i) Nach dem bayer. Rechte kann der Legatar den vom Erben während des Schwelens der Bedingung veräußerten Gegenstand vom dritten Besitzer nicht vindiciren. 84. k) Der bedingt honorirte Legatar hat nach Eintritt der Bedingung einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer der legitirten Sache. 145. l) Ueber Erbverträge. 121. (Berichtigung. 160.) m) Natur der Gutsabtretung mit Nahrungsvertrag nach gem. u. Würtzburg. Rechte. 346.

III. Handels- und Wechselrecht.

1) Ansprüche aus verjährten Wecheln. Dauer der, nach einer durch Klage eingetretenen Unterbrechung der Wechselverjährung, neu beginnenden Verjährung. 39. 2) Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wecheln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsachen, insbesondere a) über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren. 33, 49. (Berichtigung. 128.) b) Ueber die Vollstreckungseinrede der Benefizialerben wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft, die erbschaftliche Liquidation und die Gerichtszuständigkeit bei dieser. 97. c) Ueber die besaffigen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze. 209, 225, 241. (Berichtigung 240.) d) Ueber das Verhältniß der erbschaftlichen Liquidation zur handelsgerichtlichen Einzelstreitsache. 321.

IV. Staatsrecht.

1) Ueber die Behandlung der standesherrlichen Familienfideikommiße. 1. 2) Zuständigkeit der Appellationsgerichte in Vormundschaftsachen standesherrlicher Familienglieder. 86. (Berichtigung. 176.) 3) Dienstverhältniß der vormaligen Patrimonialgerichtsaktuare. 317. 4) Rekurse der Beamten gegen Disziplinarstrafenkenntnisse. 30.

V. Strafrecht und Strafprozeß.

1) Strafgesetzbuch v. 10. November 1861. Zu Art. 240. Eine im Verlaufe einer Schlägerei von einer einzelnen Person begangene, bestimmte Körperverletzung ist mit der Schlägerei nicht eine und dieselbe That, und die Theilnehmer an der Schlägerei theilen nicht nothwendig den für die Körperverletzung begründeten Gerichtsstand. 389. — Zu Art. 242. Die nach erfolgter Aburtheilung einer als Uebertretung strafbaren Körperverletzung wiederholte Verübung einer solchen That wird, wenn auch die für den ersten Fall erkannte Strafe noch nicht vollzogen ist, durch den Rückfall zum Vergehen gesteigert. 175.

2) Strafgesetzbuch v. J. 1813 Th. II. Zu Art. 9. Ueber die Beweislast strafgerichtlicher Urtheile, welche den Angeklagten eines geringeren Grades, als worauf die Anklage lautete, für schuldig erkennen, im nachfolgenden Civilprozeße. 92. — Zu Art. 22. Die im Laufe der Voruntersuchung aus einem Gutachten Sachverständiger sich ergebende Verbrechenseigenschaft einer That bleibt für die Frage der Zuständigkeit auch dann maßgebend, wenn durch weitere Erhebung während der Voruntersuchung diese Qualität wieder zweifelhaft wird. 221. — Zu Art. 24. a) Zuständigkeit wegen Fehleri. 357. b) Schlägerei und Körperverletzung; Kompetenz. 389. — Zu Art. 27. a) Gerichtsstand dienstpräsender Soldaten wegen Uebertretungen gegen die Vorschriften des Heerergänzungsgesetzes. 189. b) Gerichtsstand beurlaubter Soldaten wegen einer durch Rückfall zum Vergehen gesteigerten Körperverletzung. 175. — Zu Art. 30. Zuständigkeit zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen eines von ihm im Auslande begangenen Verbrechens. 223. — Zu Art. 52. Ueber die Gestattung besserer als der gewöhnlichen Gefangenenverpflegung in den Bezirks- und Polizeigerichtsgefängnissen. 17.

3) Strafprozeßgesetz vom 10. November 1848. Zu Art. 335 ff. Beitrag zur Lehre von der prozessualen Behandlung des Zusammenflusses zwischen einer in der Berufungsinstanz hängigen und einer neu aufkommenden Strafsache. 257. — Zu Art. 348 und 358. Eine im Ungehorsamsverfahren abgeurtheilte Strafsache, in welcher dem Angeklagten noch der Einspruch offen steht, ist noch rechtshängig und begründet die Zuständigkeit desselben Untersuchungsrichters für eine gegen denselben Angeeschuldigten sich neuerdings ergebende Untersuchung. 355.

4) Heerergänzungs-gesetz v. 15. August 1828. a) Kompetenz zur Aburtheilung wegen Vergehens der Widerspenstigkeit gegen dieses Gesetz. 387. b) Gerichtsstand dienstpräsender Soldaten wegen Uebertretung gegen die Vorschriften dieses Gesetzes. 189.

5) Forstgesetz v. 28. März 1852. Die Aburtheilung einer Entwendung gefällten Holzes, an welchem nach der Bestimmung des Eigenthümers im Walde noch eine Arbeit behufs der Zurichtung zum Verkaufe vorgenommen werden soll, gehört zur Zuständigkeit des Forststrafgerichtes. 361.

6) Gesetz v. 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen

Untersuchungen betr. a) Eine dergleichen Untersuchung ist nur dann veranlaßt, wenn bei einer strafbaren Handlung nebst Soldaten auch bestimmte und bekannte Civilpersonen als Beschuldigte theilhaftig sind. 191. b) Die wegen der Voraussetzung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung einmal begründete Zuständigkeit des bürgerlichen Untersuchungsrichters wird bezüglich eines im Vergehensgrade theilhaftigen Soldaten nicht dadurch aufgehoben, daß die nur im Uebertretungsgrade theilhaftigen Civilpersonen gesondert abgeurtheilt wurden. 173. c) Die gemischtgerichtliche Untersuchung, welche wegen eines den theilhaftigen Soldaten nur als Uebertretung anzurechnenden Vergehens der Schlägerei geführt wird, umfaßt auch die dem Soldaten allein zur Last liegenden Verbrechen. 353. d) Wenn eine von Civilpersonen und einem Soldaten vollführte Schlägerei auch nur auf Seite des Soldaten zum Vergehen gesteigert wird, sind die Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben. 385.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Behandlung der standesherrlichen Familienfideikomnisse. — Wenn bei dem Verlaufe eines Waldes auf dem Waldgrunde noch stehende Bäume von dem Verlaufe ausgenommen werden wollen, so muß diese Nebenbestimmung des Kaufvertrages in die Notariatsurkunde aufgenommen werden.

Ueber die Behandlung der standesherrlichen Familienfideikomnisse.

Dem Art. 18 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861, welcher die Hypothekenamtsführung in die Zuständigkeit der l. Stadt- und Landgerichte legt, ist eine Ausnahmestimmung beigefügt durch den Schlußsatz, welcher lautet:

„Die Behandlung der Familienfideikomnisse richtet sich nach besonderen Gesetzen.“

Obwohl hier von Familienfideikomnissen überhaupt und ohne alle Ausscheidung gesprochen ist, bleibt es doch eine große Anzahl Rechtsverständiger aus dem einfachen Grunde, weil über die Behandlung standesherrlicher Familienfideikomnisse besondere Gesetze in Bayern nicht vorhanden sind, für unzweifelhaft, daß diese Fideikomnisse unter den in obigem Schlußsatze erwähnten Fideikomnissen nicht begriffen sein können.

Dieser Auffassung folgte auch das l. Justizministerium bei seinen Vorsehrungen zum Vollzuge des Gerichtsverfassungsgesetzes, wogegen aber vom Oberappellationsgerichte des Königreiches durch Plenarbeschluß vom 23. Oktober 1865 (Reg.-Bl. S. 1178 ff.) ausgesprochen ist: „daß zur Führung der „Hypothekenbücher für standesherrliche unter der

Neue Folge XI. Band.

„Herrschaft des Hofes. Vil. IV zur Verfassungs-
„urkunde stehende Fideikommissionen die f. Appellations-
„gerichte zuständig seien.“

Im Anbetracht der von oberappellationsgericht-
lichen Plenarbeschlüssen gesetzlich beigelegten Kraft,
und weil Erörterungen, welche nicht unmittelbar ein
Resultat für die Rechtsanwendung liefern, außerhalb
des Zweckes dieser Blätter liegen, soll hier nicht eine
rechtswissenschaftliche Prüfung des Plenarbeschlusses
versucht, wohl aber die praktisch bedeutsame Frage,
in welcher Weise das standesherrliche Fideikommiss-
und Hypothekenwesen im Hinblick auf die Motive
des Plenarbeschlusses von den f. Appellationsgerichten
zu behandeln sei, einer kurzen Erörterung unterzogen
werden.

Zur Begründung des Plenarbeschlusses war es
unerlässlich, den Nachweis zu liefern, daß beim Er-
scheinen des Gerichtsverfassungsgesetzes über die
gerichtliche Behandlung der standesherrlichen
Fideikommissionen besondere Gesetze in Geltung
standen; wir können uns aber durchaus nicht über-
zeugen, wie durch die zu diesem Nachweise in den
Motiven angeführten Gesetze eine fideikommissgericht-
liche Thätigkeit der f. App.-Gerichte in irgend einer
Weise hervorgerufen sein könnte. Denn

1) wenn sich auch in anerkannter Richtigkeit
verhielte, daß die Reichsstände die kaiserliche Bestä-
tigung ihrer Fideikommissverträge (Primogenituren)
vor dem kaiserlichen Reichshofrathe aus Rechts-
nothwendigkeit nachzusuchen hatten, so wäre doch
diese nur auf staatsrechtlichen Gründen beruhende
Bestimmung durch die Auflösung des deutschen Rei-
ches längst antiquirt, aber auch vollständig ersetzt
durch die aus der deutschen Bundesakte in den §. 9
der IV. Verfassungsbeilage übergegangene Vorschrift,
nach welcher die (neu zu errichtenden) standesherr-
lichen Familienverträge dem Souverain vorzulegen

und alſodann, wenn ſie nichts gegen die Verfaſſung enthalten, durch die oberſten Landesſtellen zur allgemeinen Kenntniß zu bringen ſind. Mit unſerer, nur einen privatrechtlichen Charakter tragenden und nur auf gerichtliche Thätigkeit ſich beziehenden Frage hängt jene antiquirte Beſtimmung ſicher nicht zuſammen.

2) Die ohnedieß nur einen verhältnißmäßig kleinen Theil des Königreiches berührende großherzoglich Würzburgiſche Verordnung vom 9. Juni 1807 iſt, ſo weit ſie die oberrichterliche Beſtätigung der ſtandesherrlichen Fideikommiſſe fordert, durch Art. XIV der deutſchen Bundesakte und §. 9 der IV. Verſ.:Beil., welche den Standesherrn hiſichtlich der Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältniſſe unbeſchränkte Autonomie gewähren, ganz entſchieden aufgehoben.

3) Die durch das Majoratsedikt vom 22. Dez. 1811 vorgeſchriebene appellationsgerichtliche Immatriculation hätte, wenn ſie jetzt noch erforderlich wäre, in der IV. Verſ.:Beil., welche in §. 102 der VII. Verſ.:Beil. als das für die ſtandesherrlichen Fideikommiſſe geltende Fundamentalgeſetz bezeichnet iſt, nicht mit Stillſchweigen umgangen werden können.

Uebrigens nehmen die Motive des Plenarbeſchlusses ſelbſt an, daß durch das Majoratsedikt nur die im bayeriſchen Landrechte Th. III Kap. X §. 3 Nr. 2 vorgeſchriebene Immatriculation gemeint und auf die ſtandesherrlichen Fideikommiſſe ausgedehnt ſei. Indem aber dieſe lediglich in einem von den k. App.:Gerichten zu führenden Verzeichniſſe der Fideikommißgüter beſteht und jede weitere gerichtliche Thätigkeit excluſt, ſohin namentlich mit dem Schuld- und Pfandweſen in keiner Berührung ſteht, ſo wäre ſie in dieſer harmloſen Eigenschaft zwar ſchwerlich als ein Eingriff in die ſtandesherrliche Autonomie zu betrachten, es wäre aber auch nicht

abzusehen, was sie im Hinblick auf die gegenwärtige Gesetzgebung und insbesondere auf das Hypothekengesetz noch bezwecken, und wie sie den Namen einer gerichtlichen Behandlung der Fideikomnisse verdienen könnte.

Wenn die oberappellationsgerichtlichen Motive annehmen, daß es bisher bei der appellationsgerichtlichen Zuständigkeit solcher Matrifeln über die standesherrlichen Fideikomnisse verblieben sei, so scheint von der Voraussetzung ausgegangen zu sein, daß die k. Appellationsgerichte bis zum Erscheinen des Gerichtsverfassungsgesetzes solche Matrifeln über die standesherrlichen Fideikomnisse auch wirklich geführt haben. Allein dieses wäre ein thatsächlicher Irrthum und dahin zu berichtigen, daß bei einzelnen App.-Gerichten über standesherrliche Fideikomnißgüter, wenn sie mit Pfandschulden belastet waren, Fideikomniß-Matrifeln in der der VII. Verf.-Beil. entsprechenden Form geführt wurden.

Man hatte sich nämlich bei einzelnen App.-Gerichten immer nicht über die Frage einigen können, ob für die standesherrlichen Fideikomnißgüter Matrifeln in der ebengenannten Form oder Follen nach Maßgabe des Hyp.-Gesetzes anzulegen seien, so daß manchmal selbst bei einem und demselben App.-Gerichte promiscue beide Behandlungsarten vorgekommen sind.

Zwar hat sich das k. Justizministerium jederzeit für Anlegung von Hypothekfollen entschieden, und auch der oberste Gerichtshof hat unterm 12. August 1837 erkannt:

„daß das k. App.-Gericht N. zur Verhypo-
 „thierung der standesherrlichen Besizungen des
 „Grafen N. — mit Umgehung der Anlegung
 „einer Fideikomnißmatrifel sammt Fideikom-

„mißſchuldbuch — ein Hypothekenſolium zu eröffnen habe;“¹⁾

¹⁾ Dieſem Erkenntniſſe ſind folgende Gründe beigeſügt:

1) Das Edikt über die Familienfideikommiſſe Beil. VII zur Verſ.-Urk. ſei auf die landesherrlichen Fideikommiſſe nach §. 102 dieſes Geſetzes, ſo wie nach §. 9 der IV. Verſ.-Beil. nicht anwendbar. Die Fideikommiſſe der Standesherrn beſtehen nicht nach §. 22 des Fideikommiſſedikts kraft der Immatriculation, ſondern kraft der von den Standesherrn vermöge der ihnen zukommenden Autonomie geſchloſſenen und offiziell bekannt gemachten Haus- und Familienverträge. Der Graf N. ſei daher um ſo weniger verbunden, ſich hiñſichtlich ſeiner Fideikommißgüter dem Anſinnen des I. App.-Gerichtes zu fügen, als die fürſtlich und gräſlich N.'ſchen Hausverträge durch das Regierungsblatt bekannt gemacht ſeien und nach denſelben von jedem der fürſtlichen und gräſlichen Häuſer eine Fideikommißmatrikel bei der gemeinſamen fürſt. und gräfl. N.'ſchen Kanzlei errichtet werden müſſe.

2) Der §. 29 der Inſtruktion vom 22. Dez. 1818 über Behandlung der Familienfideikommiſſe handle lediglich von den Fideikommiſſen des vormaligen unmittelbaren Reichsadels (Reichsritterschaft), welche ſowohl von den landesherrlichen Fideikommiſſen als von den Fideikommiſſen des übrigen niederen Adels verſchieden ſeien. Die in Ziff. 7 dieſes Paragraphen vorkommende Allegation des §. 9 der IV. Verſ.-Beil. beziehe ſich nur auf das den Standesherrn und den Mitgliedern der ehemaligen Reichsritterschaft gemeinſame Recht, zu verlangen, daß bei den noch in ihrem alten Komplex beſtehenden und nicht an andere Beſitzer übergegangenen Komplexen die beſtehenden Familienverhältniſſe aufrecht erhalten bleiben.

3) Nach dem Hyp.-Geſetze vom 1. Juni 1822 ſei die Gültigkeit einer Hyp.-Beſtellung durch den Eintrag einer Forderung in das öffentliche Hyp.-Buch bedingt; daher genügen die den beſtehenden Haus- und Familienverträgen gemäß geſchehenen Hypothekskonſtituirungen nicht, ſondern die Eintragung der

aber alles Dieses reichte nicht aus, die Anhänger der Matrikeln eines Bessern zu belehren, wonach es gar nicht unwahrscheinlich ist, daß der alte Streit, welchen man durch das Gerichtsverfassungsgesetz glücklich beseitigt wählte, durch den oberappellationsgerichtlichen Plenarbeschluß, dessen Motive wieder von Matrikeln für die standesherrlichen Fideikommissen sprechen, zu neuem Aufschwunge gelangen werde.

Der Plenarbeschluß stellt unter Ziff. 4 seiner Motive die standesherrlichen Fideikommissen und jene des niederen Adels gleichsam als einen und denselben Gegenstand hin und fügt die Bemerkung bei, daß den ersteren nicht nur nicht geringere, sondern sogar höhere Bedeutung als den letzteren inwohne, was aber bezüglich der hier allein in Frage stehenden gerichtlichen Behandlung der beiden Fideikommissarten sicher nicht der Fall ist.

Die Fideikommissen des niederen Adels unterliegen in Gemäßheit der VII. Verf.-Beil. nach allen Beziehungen der Einsicht und Ueberwachung der k. Appellationsgerichte, deren Zustimmung und Bestätigung zu jedem Schritte erfordert wird, und welchen selbst

von Standesherrn unter Verpfändung ihrer Fideikommissbesitzungen kontrahirten Schulden in das Hyp.-Buch erscheine um so nothwendiger, als dessen Stelle bei standesherrlichen Fideikommissen durch kein Fideikommissschuldbuch vertreten werde, sondern hiefür §. 87 des Hyp.-Ges. maßgebend sei.

4) Uebrigens hinderen die Eigenthümlichkeiten der Fideikommissen und der Fideikommissschulden die Eintragung derselben in das Hyp.-Buch um so weniger, als deshalb im Hyp.-Gesetze selbst Vorsehung getroffen sei. Nach §. 22 Nr. 2 und §. 131 des Hyp.-Ges. sei nämlich die Fideikommisseneigenschaft eines Gutes im Hyp.-Buche vorzumerken, aus welcher Vormerkung die gesetzlichen Beschränkungen eines Fideikommissbesizers und des Gläubigers einer Fideikommissschuld von selbst folgen.

gegen den übereinstimmenden Willen sämmtlicher Fideikommißberechtigten ein entscheidendes Veto eingeräumt ist, was namentlich auch vom Schulds- und Pfandwesen gilt, welches hier mit der fideikommißgerichtlichen Behandlung in so unzertrennlicher Verbindung steht, daß das Hypothekenamt im Fideikommißgerichte völlig aufgeht, und die Stelle des Hyp.-Buches von der Fideikommißmatrikel vertreten wird.

Gerade umgekehrt verhält es sich bei den standesherrlichen Fideikommiſſen, bezüglich welcher weder den l. Appellationsgerichten noch irgend einer anderen Staatsbehörde ein Recht der Beaufsichtigung oder Einsprache zusteht. Die Behandlung ihrer Fideikommiſſe ist ausschließlich in die Hände der standesherrlichen Familien gelegt; für sie besteht im ganzen Staatsorganismus kein Fideikommißgericht, so daß wir bei der vollen Passivität, welche die l. App.-Gerichte hinsichtlich dieser Fideikommiſſe zu beobachten haben, gegenüber den vielen und wichtigen Geschäften, welche ihnen bezüglich der Fideikommiſſe des niederen Adels obliegen, die unter Nr. 4 der Motive des Plenarbeschlusses hervorgehobene Anomalie durchaus nicht einzusehen vermögen.

Weil jedoch die Standesherrn, so weit sie durch die IV. Verf.-Beil. nicht besonders erimirt sind, wie alle übrigen Staatsbürger, den allgemeinen Landesgesetzen, sohin auch dem Hypothekengesetze unterliegen und deshalb die Verpfändungen ihrer liegenden Güter in den öffentlichen Büchern eingetragen werden müssen, so verbleibt für sie auch nur ein von fideikommißgerichtlicher Behandlung völlig unabhängiges Hypothekenamt; es können also, gleichwie für die Fideikommiſſe des niederen Adels nur Fideikommißmatrikeln und keine Hypothekensolien bestehen können, für die standesherrlichen Fideikommiſſe keine Matrikeln, sondern nur Hypothekensolien angelegt werden.

Man sucht zwar die Matrikelanlage dadurch zu rechtfertigen, daß man behauptet, die Fideikomisse der Standesherrn und des niederen Adels seien nur zweierlei Arten eines und desselben Rechtsinstitutes von der nämlichen rechtlichen Natur und den nämlichen eigenthümlichen Rechtsverhältnissen, weshalb die VII. Verf.-Beil. auf standesherrliche Fideikomisse eine analoge Anwendung finden müsse; allein jede Anwendung der Analogie setzt eine Lücke im Gesetze voraus und beruht auf der innern Konsequenz des Rechtes; sie besteht in einer Operation, durch welche ein im Gesetze nicht entschiedener Fall so beantwortet werden soll, wie er von einem konsequenten Gesetzgeber, wenn er an diesen Fall gedacht hätte, entschieden worden wäre (Savigny, Syst. Bd. I S. 292 ff.; Bangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. II S. 25).

Im Betreff unserer Frage besteht aber keine Lücke des Gesetzes und der Gesetzgeber hat im §. 102 des Fideikomissediktes Verf.-Beil. VII der standesherrlichen Fideikomisse besonders gedacht und zwar mit der ausdrücklichen Erklärung, daß die Verhältnisse derselben in einem andern Edikte (W.-B. IV) bestimmt seien, — so daß also, ganz abgesehen von dem oben gezeigten diametralen Unterschiede in der Behandlung der beiden Fideikomissarten, eine analoge Anwendung der VII. Verf.-Beil. auf standesherrliche Fideikomisse schon durch den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen ist. Hierdurch soll aber nicht behauptet werden, daß nicht manche Bestimmung der VII. Verf.-Beil. dennoch auf standesherrliche Fideikomisse Anwendung finde, was aber nicht deshalb geschieht, weil sie in der VII. Verf.-Beil. enthalten ist, sondern deshalb, weil sie mit den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts übereinstimmt, und daher auch anwendbar wäre, selbst wenn sie sich zufällig in der VII. Verf.-Beil. nicht wiederfände.

Man ſagt ferner, daß die Frage, ob Matrifel oder Hyp.:Folium, — lediglich die Form betreffe und eine um ſo geringere Bedeutung habe, als durch die Inſtruktion vom 3. Mai 1857 der formelle Unterſchied zwischen Matrifel und Hyp.:Folium ohnedieſ ſaſt gänzlich beſeitigt ſei. Hiegegen erwidern wir aber, daß die Matrifelform für ſtandesherrliche Fideikommiſſe ohne Eingriff in das Weſen der Sache gar nicht durchführbar wäre.

1) Nach §. 30 und 54 der VII. Verſ.:Beil. müſſen ſämmtliche Beſtandtheile des Fideikommiſſes in die Matrifel eingetragen und können Fideikommiſſſchulden immer nur auf das ganze Fideikommiſſ intabulirt werden. Legt man alſo für ſtandesherrliche Fideikommiſſe Matrifeln und nicht Hyp.:Folien an, ſo können die Standesherrn immer nur ihre ganzen Fideikommiſſe verpfänden und von dem das Hyp.:Geſetz durchdringenden Grundſatz der Spezialität der Hypotheken durch Verpfändung nur einzelner Fideikommiſſbeſtandtheile keinen Gebrauch machen, was denn doch eine entſchiedene Beeinträchtigung ihrer autonomiſchen Rechte wäre. Denn obſchon der Grundſatz der Untheilbarkeit der deutſchrechtlichen Entwicklung des Fideikommiſſinſtitutes entſpricht, ſo kann doch ein ſo allgemeiner Grundſatz die Standesherrn nicht an der Verpfändung bloß einzelner Fideikommiſſtheile hindern, weil ſich §. 8 des Hyp.:Geſetzes auf die IV. Verſ.:Beil. bezieht, aus dieſer aber eine ſolche Beſchränkung nicht hervorgeht, vielmehr aus §. 9 derſelben das Gegentheil zu entnehmen iſt. Hiebei iſt aber noch beſonders zu berückſichtigen, daß, während nach §. 3 der VII. Verſ.:Beil. nur ſolches Grundeigenthum, welches im Königsreiche liegt, Fideikommiſſbeſtandtheil werden kann, die ſtandesherrlichen Fideikommiſſtheile gar häufig in verſchiedenen Territorien gelegen ſind. Wie wäre in ſolchem Falle der Grundſatz der Untheil-

barkheit in Beziehung auf Verpfändungen durchzuführen?

2) Nach der Instruktion vom 3. Mai 1857 zerfällt die dritte Rubrik der Matrikel in zwei Unterabtheilungen für Fideikommißschulden I. und II. Klasse. Es können also immer nur Fideikommißschulden in die Matrikel eingetragen werden und für Schulden anderer Art ist in derselben kein Platz zu finden. Auch das gemeine deutsche Privatrecht unterscheidet wie §. 54 der VII. Verf.-Beil. zwischen Fideikommißschulden, je nachdem sie auf der Substanz und den Früchten oder auf letzteren allein haften, und zählt, im Wesentlichen mit §. 56 der VII. Verf.-Beil. übereinstimmend, zu den Schulden ersterer Art nur diejenigen, welche zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Fideikommißes oder zur Tilgung einer vom Stifter auferlegten Schuld gemacht und verwendet wurden. Es kann daher, wenn man die Matrikelform wählt, ohne den Nachweis der erwähnten Schuldqualität eine Eintragung nicht stattfinden. Die Anforderung des Nachweises aber, welche bei den, eine bestimmte Schuldqualität nicht erfordernden Hyp.-Folien hinwegfällt, wäre wieder ein auffallender Eingriff in die standesherrliche Autonomie, welche die standesherrlichen Familien zur Verpfändung ihrer Fideikommißgüter auch für andere als eigentliche Fideikommißschulden berechtigt.

Zwar kann die Verpfändung für andere Schulden in einem standesherrlichen Hausgesetze untersagt sein; alsdann aber müßte, wenn hierauf nach §. 8 des Hyp.-Ges. Rücksicht genommen werden soll, die öffentliche Bekanntmachung des ein solches Verbot enthaltenden Hausgesetzes nothwendig vorhergegangen sein, weil jedes Gesetz erst durch seine Verkündung wirksam wird, von welchem allgemeinen Rechtsfage die auf der Privatautonomie des hohen Adels beruhenden Familiensatzungen, wenn sie nicht bloß die

Mitglieder der standesherrlichen Familie verbinden, sondern auch gegen Dritte wirken sollen, unmöglich ausgenommen sein können; Walter, Syst. des gem. deutschen Priv.-Rechts S. 36; Gerber, deutsch. Privat-Recht S. 29 (Ausg. v. 1848); Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 76.

Wird nun auf den Grund eines solchen Verbotes die Verpfändungs-Eintragung verweigert, so ist dies nicht eine fideikommissgerichtliche Einmischung, sondern eine hypothekenamtliche Obliegenheit. Daß übrigens ein solches Verbot, selbst wenn es der Fideikommissstifter für alle Zeiten erlassen hat, von der standesherrlichen Familie durch ein neues autonomisches Gesetz, ohne irgend ein anderes als etwa durch obervormundschaftliche Vertretung eines Familienmitgliedes gebotenes Zuthun der Gerichte außer Wirksamkeit gesetzt werden könne, ist um so zweifelloser, als auf diesem Wege sogar die Auflösung des ganzen Fideikommisses erfolgen kann; Gerber a. a. O. S. 84 Note 17 a. E.; vgl. Weiske, Rechtslexikon Bd. IV S. 254, Seuffert's Archiv Bd. XIII Nr. 270.

3) Was die Fideikommissschulden II. Klasse betrifft, so können sie allerdings nicht als Hypotheken betrachtet, daher auch nicht in der III. Rubrik des Hyp.-Buches eingetragen werden; wenn aber dieses, wie es von Anhängern der Matrifelsform wirklich geschieht, für die Anwendung der letzteren mit dem Beisatze geltend gemacht wird, daß die Ausschließung der Fideikommissschulden II. Klasse eine grobe Verletzung der standesherrlichen Autonomie wäre, so müssen wir diesem den entschiedensten Widerspruch entgegensetzen.

Die Vorschrift der VII. Verf.-Beil., nach welcher nicht bloß die Fideikommissschulden I. Klasse, sondern auch die II. Klasse in der Matrifel eingetragen werden müssen, erstreckt sich nur auf die Fi-

deikommiſſe des niederen Adels. Wollen die Standesherrn nicht die Subſtanz, ſondern bloß die Früchte ihrer Fideikommiſſe verpfänden, ſo iſt ihnen dieſes unverwehrt, und der Mangel eines Platzes im Hyp.-Buche ſteht ihnen nicht entgegen, weil ſolche Verpfändungen, auch wenn ſie auf eine die Fideikommiſſnachfolger verbindende Weiſe geſchehen ſollen, eine Eintragung in das Hyp.-Buch ebenſo wenig erfordern, als wenn irgend ein anderer Staatsbürger bloß die Früchte ſeiner Immobilien verpfändet; Gönner's Komm. z. Hyp.-Geſ. Bd. I S. 133, Bd. II S. 235 Nr. 6.

Freilich können durch ſolche Verpfändungen die nach §. 33 und 51 des Hyp.-Geſ. den Hyp.-Gläubigern eingeräumten Rechte nicht beeinträchtigt werden; allein auch bei den Fideikommiſſen des niederen Adels (Verf.-Beil. VII §. 54 und 55) iſt das Recht auf die Früchte, welches den Fideikommiſſgläubigern I. Klaſſe zuſteht, bevorzugt vor jenem der Fideikommiſſgläubiger II. Klaſſe.

4) Mit gleichem Rechte, wie wegen der Fideikommiſſſchulden II. Klaſſe, könnte man von Verletzung der Autonomie ſprechen und die Matrifelform deſhalb vertheidigen, weil Geld und Kapitalien nach §. 6 der VII. Verf.-Beil. für den niederen Adel Beſtandtheile ſeiner Fideikommiſſe bilden und als ſolche in die erſte Rubrik der Matrifel eingetragen werden können, während ſie von der erſten Rubrik des Hypothekenbuches nach §. 3 und 34 des Hyp.-Geſ. (vgl. Gönner's Komm. Bd. I S. 357 Nr. 4) ausgeſchloſſen ſind: es wäre aber in der That eine höchſt ſeltſame Auffaſſung der autonomiſchen Rechte der Standesherrn, wenn ihnen durch dieſelben geſtattet ſein ſoll, einzelne Beſtimmungen der für ſie gar nicht geſchriebenen VII. Verf.-Beil., wie es ihnen eben beliebte, herauszugreifen, ſie heute für ſich in Anſpruch zu nehmen, und morgen von ſich

ferne zu halten. Wir haben kein Verſtändniß für dieſe den Vertheidigern der Matrifelform eigene Auffaſſung der Autonomie der Standesherrn, glauben vielmehr, daß ſich dieſe, wenn ſie der Vortheile der VII. Verſ.-Beil. theilhaftig werden wollen, denſelben im Ganzen unterwerfen müſſen, nach dem alten Rechtsſpruche: „Wer des Buches genießen will, der ſoll auch ſein entgelten“.

Wir begnügen uns vorläufig mit den hier aufgeführten Gründen, um zu behaupten:

1) daß die beſtehenden Geſetze irgend eine fideikommißgerichtliche Thätigkeit der I. Appellationsgerichte in Beziehung auf ſtandesherrliche Familienfideikommiſſe nicht anordnen, und

2) daß bei Verpfändung ſolcher Fideikommiſſe oder einzelner Beſtandtheile derſelben nicht Fideikommißmatrifeln, ſondern Hypothekſolien anzulegen ſeien.

Wenn übrigens (wie nach den Umſtänden, welche den Plenarbeſchluß veranlaßt haben, anzunehmen iſt) einzelne Fideikommißmatrifeln für ſtandesherrliche Fideikommiſſe wirklich noch beſtehen, ſo ſind wir, inſbeſondere wenn in derſelben Fideikommißſchulden II. Klaffe eingetragen ſind, allerdings nicht der Meinung, daß dieſe durch fehlerhafte Geſegenanwendung entſtandenen Matrifeln ohne Weiteres in Hypothekſolien umgewandelt werden können; wohl aber, daß dieſe Umwandlung durch Uebereinkunft oder in ſonſt thunlicher Weiſe ernſtlich anzustreben und im Laufe der Zeit durchzuführen ſei.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Wenn bei dem Verkaufe eines Waldes auf dem Waldgrunde noch stehende Bäume von dem Verkaufe ausgenommen werden wollen, so muß diese Nebenbestimmung des Kaufvertrages in die Notariatsurkunde aufgenommen werden.

Der Privatier Joseph St. hatte durch einen Bevollmächtigten, den Ziegler Xaver D., das Anwesen des Gütlers Martin R. von diesem gekauft, zu welchem Anwesen ein Wald von 8 Tagwerken und 86 Dezimalen gehörte. Ueber den Kaufvertrag wurde am 14. Febr. 1863 eine Notariatsurkunde errichtet. Nach der Tradition des Anwesens fällte jedoch Nikolaus L. Bäume in jenem Walde, und es ergab sich, daß Martin R. schon vor dem Verkaufe des Anwesens an Joseph St. die auf der einen Hälfte fraglichen Waldes stehenden Bäume zur Fällung an Nikolaus L. verkauft hatte.

Joseph St. forderte nun von Martin R. den Erlaß des Werthes jener Bäume. Der Beflagte verteidigte sich gegen diesen Anspruch mit der Behauptung, die fraglichen Bäume seien nicht mit dem Anwesen verkauft worden, indem er, Martin R., dem Bevollmächtigten des Klägers, dem Ziegler Xaver D., bei der notariellen Verlautbarung des Kaufvertrages oder schon vorher, als er ihm das Anwesen vorzeigte, eröffnet habe, daß das auf der Hälfte des Waldes stehende Holz bereits an Nikolaus L. verkauft sei, und Xaver D. hierauf auch erklärt habe, er verlange die bereits verkauften Bäume nicht.

Die erste Instanz ließ den Beflagten zum Beweise dieser Nebenabrede zu, die zweite Instanz strich aber den Beweis auf Beschwerde des Klägers. Auf die Revision des Beflagten bestätigte der oberste

Gerihtshof das Erkenntniß zweiter Instanz aus folgenden Gründen:

Es kann im Hinblick auf das hier zur Anwendung kommende bayerische Landrecht Th. II Kap. I §. 8 nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß das auf einem Waldgrunde stehende Holz als hängende Frucht eine Zugehörung des Bodens bilde, mithin in den Augen des Gesetzes als eine unbewegliche Sache anzusehen sei und daher auch unter die Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes falle. Eine Ausantwortung an den Käufer Nikolaus L. war, solange das Holz auf dem Stamme stand, gar nicht möglich, sondern nur die Bewilligung, dasselbe zu fällen. Die von dem Beklagten Martin K. vorgeschützte Ausnahme des auf vier Tagwerken des mitverkauften Waldes stehenden Holzes war demzufolge auch eine Nebenabrede des Kaufvertrages vom 18. Febr. 1863, welche nach der angeführten Gesetzesstelle bei Vermeidung der Nichtigkeit in dem errichteten Kaufbriefe mit verlautbart sein mußte. Der bloßen Anzeige, das Holz sei bereits verkauft, konnte rechtlich genommen gar keine andere Bedeutung innewohnen, als die einer vertragmäßigen Ausnahme vom Verkaufe, zumal der Beklagte in seiner Vernehmung selbst anführt, Laver D., der Bevollmächtigte des Käufers, habe auf jene Mittheilung erwidert, er verlange die bereits verkauften Bäume nicht.

Eine Notariatsurkunde, worin sich ein Vertrag verlautbart findet, muß getreu wiedergeben, worüber die Vertragsschließenden Theile in ihren gegenseitigen Abreden einig waren; sie liefert dann auch den Beweis, daß sie nichts Anderes, als was darin enthalten ist, verabredet haben. Würde man gegen den Inhalt einer Notariatsurkunde einen Zeugenbeweis und die daran hängenden Nothbehelfe des Erfüllung- oder Rekligungs-Eides darüber zulassen,

was bei Gelegenheit der Traktate unter den Theilen abgemacht und gesprochen wurde, daß über einen darin aufgenommenen Punkt eine wahre Einigung nicht vorherging, daß etwas Anderes, was darin mit Stillschweigen übergangen ist, ausgemacht oder daß ein Punkt anders verabredet wurde, als in der Urkunde vorkommt, — so wäre die ganze privilegierte und hochgestellte Beweisraft der Notariatsurkunden über den Haufen geworfen, der Urkundenbeweis, welcher schon nach Vorschrift der O.D. Kap. XI §. 14 immer da vorgehen soll, wo durch Gesetz oder Gewohnheit die Schrift erfordert wird, müßte dem Zeugenbeweise und dem noch viel bedenklicheren Probenmittel der eidlichen Erhärtung einer Partei ausweichen, sich davon umstürzen lassen, — was nicht bloß der Natur der Sache, sondern auch den klar kund gegebenen Absichten des Gesetzgebers bei der Erlassung des Notariatsgesetzes schnurstracks widerstreiten würde. Der ganze Werth dieses Gesetzes wäre damit in seinen Grundpfeilern erschüttert; der Zweck, den es erreichen sollte, in einer großen Anzahl von Fällen vereitelt. Außer dem hier nicht angeregten Falle eines Betruges, des Irrthums oder der Simulation kann daher einem Zeugenbeweise darüber, was bei der Errichtung eines notariellen Kaufbriefes unter den Theilen ausgemacht war, kein Gegengewicht wider den Inhalt des Instrumentes beigelegt werden, woraus sich von selbst der vollständige Ungrund der Revisionsbeschwerde des Beklagten ergibt.

DAOG. v. 31. Okt. 1865 Nr. 53^{65/66}.

77.

Dr. J. A. Bruffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Gestattung besserer als der gewöhnlichen Gefangenenernährung in den Bezirks- und Polizeigerichtsgefängnissen. — Die ausbedungene Freiheit von der Haftung für das angegebene Flächenmaß bei einem Gutverkauf entbindet den Verkäufer nicht von der Verbindlichkeit, den Abgang zu ersetzen, wenn er einen gewissen Theil eines Grundstückes von einem angegebenen Maße vorher veräußert, mithin wissentlich ein unrichtiges Flächenmaß angegeben hat. — Restrafte der Beamten gegen Disziplinarstrafenkenntnisse. — Auch nach bayerischem Landrechte, wie nach gemeinem Rechte, können Kinder gegen die Handlungen ihrer leiblichen Eltern keine Restitution erlangen.

Ueber die Gestattung besserer als der gewöhnlichen Gefangenenernährung in den Bezirks- und Polizeigerichtsgefängnissen.

Das die Artikel 51 mit 58 umfassende Kapitel des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches von 1813 handelt von Untersuchungsgefängnissen, Art. 52 speziell von der Verpflegung der Gefangenen mit Kost, Lagerstätte und Kleidung.

Es haben sich nun in der Praxis erhebliche Zweifel darüber ergeben, welche Anwendung diese Vorschriften in den nach der jetzigen Gerichtsverfassung bestehenden Bezirksgerichtsgefängnissen und Polizeigerichtsgefängnissen zu finden haben. Wir besprechen daher im Nachstehenden diejenigen Punkte, auf welche sich die angeregten Zweifel beziehen.

I. Im Allgemeinen kann kein Bedenken darüber bestehen, daß die Vorschriften des StGB. v. 1813 Th. II Art. 51—58 noch in Kraft bestehen. Denn sie sind nirgends aufgehoben (vergl. StPrG. v. 10. Nov. 1848 Art. 368, wo jene Artt. nicht als aufgehoben bezeichnet sind; ebenso Art. 2 und 52 des Einf.-Ges. zum StGB. und PolStGB. vom 10. Nov. 1861).

Neue Folge XI. Band.

Nur die ~~frühere~~ Alternative der Strafandrohung in Art. 56 Th. II d. StGB. von 1813 ist durch Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 12. Mai 1848, einige Abänderungen des StGB. ic. betr. (Ges. Bl. S. 37), aufgehoben.

Neben den Bestimmungen der Art. 51—58 Th. II d. StGB. v. 1813 gilt mit gleicher Kraft die Instruktion vom 22. Juni 1813 für die Gefangenwärter und deren Gehilfen. Denn diese ist im Regierungsblatte (S. 793 ff.) durch allerhöchste Verordnung bekannt gegeben, hat daher nach damaliger Staatsverfassung gesetzliche Kraft und ist nirgends aufgehoben. Insbesondere über die Verpflegung der Gefangenen bilden Art. 52 d. StGB. Th. II und §§. 19 und 49 der Instruktion für die Gefangenwärter, dann §§. 11, 15 und 19 der Instruktion für die Gehilfen die sich gegenseitig ergänzenden und erläuternden Bestimmungen.

Nach der Ueberschrift des die Art. 51—58 umfassenden Kapitels des StGB. v. 1813 Th. II beziehen sich die Vorschriften des Art. 52 über die Verpflegung der Gefangenen ursprünglich nur auf Untersuchungsgefangene. Auch die Instruktion, obgleich sie überall allgemein von Gefangenen spricht, hat doch, wie sehr viele einzelne Bestimmungen derselben zeigen, mindestens vorzugsweise Untersuchungsgefangene im Auge. Gleichwohl sind diese Bestimmungen vorerst noch auch auf Strafgefangene anzuwenden.

Denn Art. 18 d. StGB. v. 1861 bestimmt, daß die kürzeren Gefängnißstrafen in den Bezirksgerichtsgefängnissen erstanden werden sollen. Die Bezirksgerichtsgefängnisse sind aber eben Untersuchungsgefängnisse, für welche die Bestimmungen der Art. 51 ff. Th. II d. StGB. v. 1813 und der Instruktion v. 22. Juni 1813 Geltung haben.

Die Art. 24 und 25 d. StGB. v. 1861 geben

einige Normen über die Behandlung der Strafgefangenen im Allgemeinen. Art. 24 enthält (in den Worten: „innerhalb des Bezirks . . . gerichtsgefängnisse“) eine nähere Begränzung des Art. 53 Abs. 1. Th. II, welche sich bei Untersuchungsgefangenen ohnehin von selbst versteht. Art. 25 Abs. 1 entspricht nur dem schon oben angeführten Art. 6 Abs. 3 d. Gef. v. 12. Mai 1848; Art. 25 Abs. 2 entspricht dem Art. 51 Abs. 2. Th. II mit näherer Bestimmung über die Kompetenz zur Verfügung der Fesselung der Strafgefangenen. Nach Art. 25 Abs. 3 soll sich die Behandlung der Sträflinge im Uebrigen nach den Bestimmungen der Hausordnung richten. Dadurch ist nun zwar der Staatsregierung die Befugniß eingeräumt, über die Verpflegung der Sträflinge in den Bezirksgerichtsgefängnissen Anordnungen durch eine allgemeine Hausordnung für diese Gefängnisse zu treffen. Bis aber dieselbe von dieser Befugniß Gebrauch macht ¹⁾, müssen die Bestimmungen des Art. 52 Th. II und der entsprechenden §§. der Instruktion v. 22. Juni 1813 auch auf die Strafgefangenen in den Bezirksgerichtsgefäng-

¹⁾ Die Staatsregierung scheint, wenigstens vorerst, keine Hausordnungen für die Bezirksgerichtsgefängnisse und Polizeigerichtsgefängnisse erlassen zu wollen; sonst wäre dieß wohl gleichzeitig mit Erlassung der Hausordnungen für die Zuchthäuser, Gefangenanstalten und Polizeianstalten geschehen.

Es dürften auch die bestehenden Vorschriften, wenn sie nur genau und richtig angewendet werden, einstweilen genügen, um in den Bezirks- und Polizeigerichtsgefängnissen die Ordnung aufrecht zu halten und die Rücksichten der Strenge und der Menschlichkeit mit einander auszugleichen. — Wünschenswerth wäre eine Zusammenstellung der bestehenden Detailvorschriften nach dem Systeme der vorgenannten Hausordnungen. Vielleicht können wir unseren Lesern später eine solche geben.

nissen nach Obigem angewendet werden. Die fortwauernde Anwendbarkeit der Art. 52—56. Th. II d. StGB. v. 1813 (mit Ausnahme der körperlichen Züchtigung) ist auch durch eine Justizministerialentscheidung vom 22. Mai 1864 Nr. 9849 anerkannt.

Die Bestimmungen von 1813 über die Verpflegung der Gefangenen sind auch bis zum Erscheinen einer Hausordnung für die Strafgefangenen in den Bezirksgerichtsgefängnissen allein maßgebend. Die Hausordnungen für die Zuchthäuser, Gefängnisse und Polizeianstalten sind nur für diese erlassen, können daher in den Bezirksgerichtsgefängnissen nicht zur Anwendung kommen.

II. Was den materiellen Inhalt der Bestimmungen von 1813 über die bessere Verpflegung der Gefangenen mit Speise und Trank, dann bezüglich der Lagerstätte und Kleidung betrifft, so ergeben sich aus dem Zusammenhalte des Art. 52 Abs. 2 Th. II mit den einschlägigen §§. der Instruktion folgende Regeln²⁾:

-
- ²⁾ Auch die pünktlichste und gewissenhafteste Einhaltung der bestehenden Vorschriften ist übrigens von keinem praktischen Erfolge, wenn nicht auf deren Vollzug in den Gefängnissen selbst eine sorgfältige Aufsicht geführt wird. Denn die Gefangenwärter, deren Gehilfen und Angehörige sind leicht geneigt, die desfalls bestehenden Vorschriften zu übertreten, wäre es auch nur, um Gnaden auszutheilen oder um die Gefangenen bei guter Laune zu erhalten und so die Aufsicht zu erleichtern. Nicht gar selten werden aber derartige Gestattungen auch benützt, um daraus Gewinn zu ziehen.

Zur Aufsicht sind vor Allem öftere, unvorhergesehene und eingehende Visitationen der Gefängnisse von Seite der Gerichtsvorstände nöthig, bei denen mit aller Strenge eingeschritten wird, wenn ohne spezielle Genehmigung Gefangene bei der

1) Die bessere Verpflegung ist nicht in das Belieben der Gefangenen gestellt; sie kann nur eintreten auf besondere, qualitativ und quantitativ bestimmte Gestattung des Gerichtes.

2) Bei der Bestimmung der besseren Verpflegung rücksichtlich ihrer Qualität und Quantität muß das Gericht auf Nüchternheit und Mäßigkeit und auf die Ordnung des Hauses (auf die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Gefängnisse, wie der Eingang der allerhöchsten Verordnung vom 22. Juli 1813, Reg.-Bl. S. 793 sagt) Rücksicht nehmen.

Es dürfen daher nur solche Speisen und in solchen Quantitäten gestattet werden, von deren Genuß kein Nachtheil für die Gesundheit der Gefangenen zu besorgen ist. Der Genuß geistiger Getränke darf nur in solchen Quantitäten gestattet werden, welche den Gefangenen auch bei rascher Konsumtion des zugelassenen Quantum noch bei durchaus nüchternen Sinnen erhalten.

Im Zweifel über das hienach zu erlaubende Maß muß das von kurzer Hand zu erholende Gutachten des Gerichtsarztes den Ausschlag geben, wel-

Verpflegung begünstigt werden. Die desfallsige Kontrolle ist wesentlich erleichtert, wenn die Erlaubniß zur besseren Verpflegung nur schriftlich und mit genauer Angabe der Qualität und Quantität der Verwilligung ertheilt wird, diese Erlaubnißscheine vom Gefangenwärter bis zur Entlassung des betr. Gefangenen oder Zurücknahme der Erlaubniß aufbewahrt, alsdann aber pünktlich zurückgeliefert werden.

In der Pflicht der Untersuchungsrichter und der Gerichtsarzte liegt es ohnehin, daß sie die Wahrnehmungen über Mißstände, welche sie beim Besuche der Gefängnisse machen, dem Gerichtsvorstande zur Abhilfe bekannt geben. Die Visitationen durch die Gerichtsvorstände selbst dürfen aber dabei nicht als überflüssig erachtet werden.

cher dabei auf die körperliche Beschaffenheit des betreffenden Gefangenen die geeignete Rücksicht zu nehmen hat.

Bei der Gestattung hat das Gericht auch darauf zu achten, daß durch die Verbeschaffung und den Gebrauch des Gestatteten der übrige dem Wärtterpersonale obliegende Dienst nicht beeinträchtigt und die Aufsicht nicht erheblich erschwert wird.

3) Für die Frage, ob das Ansuchen des einzelnen Gefangenen um Gestattung der besseren Verpflegung zu gewähren oder abzuschlagen sei, stellt das Gesetz selbst (Art. 52 Abs. 2) die Regel auf, daß sie jenen Gefangenen versagt werden soll, welche die Kosten derselben nicht aus eigenen Mitteln oder aus Unterstützung Anderer bestreiten.

Bei der besseren Verpflegung auf eigene Kosten des Gefangenen kommt es aber nicht allein auf die Bereitwilligkeit zur Tragung der Kosten, sondern auch auf die Fähigkeit hiezu an. Die Gestattung und ihr Umfang hängt also auch davon ab, ob der Gefangene die Kosten derselben ohne alle Beeinträchtigung seines eigenen sonstigen Unterhaltes und der Bedürfnisse seiner Familie bestreiten kann.

4) Abgesehen von den unter Ziff. 3 bezeichneten, aus dem Gesetze unmittelbar sich ergebenden Beschränkungen entscheidet über die Gestattung der besseren Verpflegung das vernünftige Ermessen des Gerichtes. Dieses führt aber allerdings auf eine Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Strafgefangenen.

Bei Untersuchungsgefangenen schlägt der in Art. 51 Abs. 1 Th. II d. StGB. v. 1813 angegebene Grund, daß sie nicht mehr Uebel erleiden sollen, als nöthig, um sich der Person zu versichern, — vollkommen an. Untersuchungsgefangenen, bei welchen die Voraussetzungen der Ziff. 3 zutreffen, ist daher die nach Ziff. 2 bemessene bessere Verpflegung nur

dann zu versagen, wenn nach ihrer Persönlichkeit ein Mißbrauch der Erlaubniß zu befürchten steht oder sie sich durch ungeeignetes Verhalten im Gefängnisse einer solchen Gestattung unwürdig machen. — In solchen Fällen ist ihnen auch eine bereits ertheilte Erlaubniß wieder zu entziehen.

Bei Strafgefangenen dagegen kommt zu beachten, daß im Begriffe der Strafe die Zufügung eines Uebels liegt, daß die Strafe empfindlich sein soll. Strafgefangenen ist daher, auch wenn sie vollkommen zahlungsfähig sind, die bessere Verpflegung in der Regel zu versagen.

5) Von der im letzten Absätze der Ziffer 4 für zahlungsfähige Strafgefangene aufgestellten Regel ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn und in so weit eine bessere Verpflegung nach ärztlichem Gutachten zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit nothwendig oder räthlich ist.

Denn die Zulässigkeit besserer Verpflegung zur Wiederherstellung der bereits gestörten Gesundheit versteht sich schon nach dem Schlusse des Art. 52 Abs. 1 a. a. O. von selbst, und sie ist in diesem Falle weder auf Untersuchungsgefangene beschränkt, noch von der Zahlungsfähigkeit abhängig, sondern nach ärztlicher Vorschrift auch den auf öffentliche Kosten lebenden Untersuchungs- und Strafgefangenen zu reihen.

Die Zulässigkeit besserer Verpflegung zur Erhaltung der Gesundheit, aus medizinisch-prophylaktischen Rücksichten, ergibt sich für zahlungsfähige Strafgefangene unzweifelhaft aus der Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 2 auch auf solche.

6) Wo und insoweit bessere Verpflegung zur Erhaltung der Gesundheit einzelner Gefangener nach ärztlichem Gutachten nothwendig ist, darf sie aber auch den auf öffentliche Kosten lebenden Untersuchungs- und Strafgefangenen nicht versagt werden.

Denn der Zweck der Untersuchungshaft ist ja nur, sich der Person zu versichern, und auch bei der Strafhafte soll das zuzufügende Uebel nur in Entziehung der Freiheit, nicht in Untergrabung der Gesundheit bestehen.

III. Die Kompetenz zur Gestattung der besseren Verpflegung für die Gefangenen ist durch Art. 52 Th. II im Zusammenhalte mit den §§. 19 und 49 der Instruktion für die Gefangenwärter dem Gerichte zugewiesen.

Die Bestimmungen der Hausordnungen für die Zuchthäuser (§. 24 Abs. 1, Reg.-Bl. v. 1862 S. 1217, 1218), Gefangenanstalten (§. 25 Abs. 1, Reg.-Bl. S. 1283) und Polizeianstalten (§. 21 Abs. 1, Reg.-Bl. S. 1344), wonach die bessere Verpflegung von einem Gnadenakte beziehungsweise von der Genehmigung des k. Staatsministeriums des Innern abhängt, ist demnach auf die Bezirksgerichtsgefängnisse nicht anwendbar.

Nach dem jetzt bestehenden Strafverfahren ist fragliche Funktion des Gerichtes bezüglich der Untersuchungsgefangenen von dem zuständigen Untersuchungsrichter, bezüglich der Strafgefangenen aber von dem Direktor des Bezirksgerichtes auszuüben. Die von einem Untersuchungsrichter erteilte Erlaubniß besserer Verpflegung hat derselbe zum Zwecke der Mitüberwachung ihrer Ausführung dem Bezirksgerichtsdirektor zur Kenntniß zu bringen.

IV. In vorstehenden Abschnitten I—III wurde der Kürze halber nur von den Bezirksgerichtsgefängnissen gesprochen. Es kann jedoch nach Ansicht des Art. 20 Abs. 2 d. StGB. v. 1861, Art. 5 Abs. 2 d. PolStGB. und nach dem unter Ziff. I Erörterten nicht dem mindesten Bedenken unterliegen, daß ganz das Gleiche auch von den Polizeigerichtsgefängnissen gilt, wobei natürlich an die Stelle des Bezirksge-

richtsdirectors der Vorstand des Land- oder Stadtgerichtes tritt.

Denn die jetzigen Polizeigerichtsgefängnisse sind ja nichts Anderes, als die Untersuchungsgefängnisse der Landgerichte bzw. Stadt- und Stadt- und Landgerichte. Sie werden auch heute noch als Untersuchungsgefängnisse benützt, und zwar die den Bezirksgerichtsgefängnissen näher gelegenen bei deren Ueberfüllung oder zur Trennung von Komplizen auch für Untersuchungsgefangene wegen Verbrechen oder Vergehen, die übrigen wenigstens in den Fällen, in welchen nach Einf.-Ges. zum StGB. u. Pol.-StGB. v. 10. Nov. 1861 Art. 41 Abs. 3 ausnahmsweise wegen Uebertretungen Untersuchungshaft zulässig ist.

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die ausbedungene Freiheit von der Haftung für das angegebene Flächenmaß bei einem Gutsverkaufe entbindet den Verkäufer nicht von der Verbindlichkeit, den Abgang zu ersetzen, wenn er einen gewissen Theil eines Grundstückes von einem angegebenen Maße vorher veräußert, mithin wissentlich ein unrichtiges Flächenmaß angegeben hat.

Laut Notariatsurkunde vom 3. Nov. 1863 hatte Ottilie M. ihr Bauerngut um 60,000 fl. an A. M. W. verkauft; unter den Kaufsobjekten waren auch in Uebereinstimmung mit dem Steuerkatalog, dem der Notar gefolgt zu sein scheint, zwei Acker Plan Nr. 1218, a u. b mit einem Flächenmaße von 2 Tagw. 10 Dezim. vorgetragen. Im Punkte 5 des Vertrages wurde festgesetzt, für die

Richtigkeit des Flächenmaßes werde nicht gehastet. Von diesen zwei Aeckern hatte indessen die Verkäuferin bereits einige Wochen zuvor die Hälfte an einen anderen Käufer und zwar vor demselben Notar verkauft, so daß die noch übrige und der Käuferin A. M. M. mit übergebene Hälfte nur einen Flächenraum von 1 Tagw. 5 Dezim. enthielt. Die Verkäuferin will bei der Verkaufshandlung des Vertrages ihre Abkäuferin auch auf diesen Abgang aufmerksam gemacht haben, durch ein Versehen des Notars soll jedoch in dem Briefe hiervon nichts erwähnt worden sein, — ein Umstand, den die Käuferin durchaus in Abrede stellte. Als nun das Gut übergeben war und die Käuferin den Abgang der Hälfte jener beiden Grundstücke entdeckte, zog sie von der nächst fälligen Kauffchillungsfrist als Ersatz für das Vermißte 300 fl. ab, was sich aber die Klägerin nicht gefallen lassen wollte, besonders auch deshalb nicht, weil sie die einzelnen Grundstücke vor dem Kaufabschlusse ihrer Gegnerin genau vorgezeigt habe.

Auf die Klage der Verkäuferin legte die erste Instanz der Beklagten den Beweis über den Werth jener beiden Hälften zu 300 fl. auf, was eben soviel hieß, als die klagende Verkäuferin zum Ersatze des Abganges verurtheilen. Auf die Berufung der Klägerin verurtheilte das f. Appellationsgericht die beklagte Käuferin zur Bezahlung des streitigen Kauffchillungsrestes von 300 fl., weil im Punkte 5 des Kaufbriefes ausbedungen sei, für die Richtigkeit des Flächenmaßes werde nicht gehastet. Auf das Revisionsgesuch der Beklagten stellte indessen der oberste Gerichtshof das erstgerichtliche Urtheil wieder her. Dieser Ausspruch wurde in nachstehender Weise begründet:

Die appellationsgerichtliche Entscheidung gelangt zu jenem Definitivurtheile zu Gunsten der Klägerin, durch die Annahme, daß der Streich jwi-

schen den Parteien lediglich die Frage betreffe, daß die Klägerin, welche der Beklagten die Grundstücke unter Pl. Nr. 1218, a und 1218, b extradirt habe, ihrer Vertragspflicht nachgekommen sei, obgleich diese Objekte nicht den in der Notariatsurkunde v. 3. Nov. 1863 aufgeführten Flächeninhalt von 2 Tagw. 10. Dezim., sondern nur 1 Tagw. 5. Dezim. umfassen; die Vorinstanz hat angenommen, daß Verkäuferin den Vertrag erfüllt habe und für jenen Abgang von 1 Tagw. 5. Dezim. nicht haftbar sei, weil nach Ziff. 5 des kritischen Vertrages eine Haftbarkeit für das Flächenmaß ausgeschlossen erscheine. Diese der appellationsgerichtlichen Entscheidung zu Grund liegende Annahme ist jedoch irrig.

Die allegirte Vertragsbestimmung unter Ziff. 5) dahin lautend: „Für dieichtigkeit des Flächenmaßes wird nicht haftet“, hat zweifellos nur Bezug auf das im Steuerkataster vorgetragene und aus diesem in die Vertragsurkunde übertragene Flächenmaß, indem eben durch jene Bestimmung jede Haftbarkeit für den Fall abgelehnt werden sollte, daß das im Grundsteuerekataster vorgetragene Flächenmaß und das in der Wirklichkeit vorhandene Maß der verkauften Grundstücke differiren sollte. Eine solche Differenz steht aber vorwürfig gar nicht in Frage. Die unter Pl. Nr. 1218, a und b vorgetragenen Grundstücke umfassen vielmehr unbestrittenmaßen die katastermäßig angegebenen 2 Tagw. 10. Dezim.; dagegen ist beklagterseits behauptet, daß Verkäuferin diese vertragsmäßig zu extradirierenden Grundstücke Pl. Nr. 1218, a und b nur unvollständig, nämlich bloß zur Hälfte, tradirt habe, indem sie die abgängige Hälfte schon früher an einen Dritten verkauft und tradirt gehabt habe. Klägerin hat dieses Sachverhältniß auch zugestanden und sucht diese Nichttradition der weiteren Hälfte jener

Grundstücke durch die Behauptung zu rechtfertigen, daß der Beklagten vor der notariellen Verbriefung fraglichen Vertrages sämtliche Vertragsobjekte vorgezeigt und hiebei Kenntniß gegeben worden sei; daß nur mehr die Hälfte jener unter Pl. Nr. 1218, a und b aufgeführten Grundstücke verkauft werde, weil eine Hälfte bereits an einen anderen Käufer tradirt worden sei, und daß auch bei Verbriefung des Vertrages v. 3. Nov. 1863 von den Kontrahenten nur der Verkauf und Kauf der Hälfte von jenen Pl. Nr. 1218, a und b beabsichtigt gewesen und die Aufnahme dieser Grundstücke mit einem Flächeninhalte zu 2 Tagw. 10 Dezim. nur aus Irrthum des Notars geschehen sei.

Nach diesen Parteivorträgen ist klar, daß Verkäuferin, da sie die nach dem Notariatsakte verkauften Grundstücke, nämlich Pl. Nr. 1218, a und b nicht ganz, sondern nur zur Hälfte tradirt hat, den Vertrag, wie solcher verlautbart vorliegt, nicht vollständig erfüllt habe. Es erhellt hieraus, daß das Flächenmaß nicht an und für sich Anlaß zur Begründung des Retentions- und Ersatzanspruches der Beklagten war, sondern die Thatsache, daß Verkäuferin nicht jene Grundfläche ganz tradirt hat, welche unter Pl. Nr. 1218, a und b vorgetragen erscheint und welche überdies auch 2 Tagw. 10 Dezim. umfaßt.

Die Annahme der II. Instanz, welche der Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung von 300 fl. zu Grunde liegt, ist also deshalb irrig, weil hienach angenommen wurde, daß Verkäuferin die verkauften Objekte tradirt habe, während dem Vorgesführten gemäß von den nach Urkunde vom 3. November 1863 verkauften Grundstücken Pl. Nr. 1218, a und b nur die Hälfte ausgeantwortet wurde. Die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages und der hierauf gestützten Retention des

Werthes der nicht tradirten Grundstücke ist daher liquid und rechtlich begründet.

Nachdem nun der notariell verbrieftete Vertrag v. 3. Nov. 1863 unbestrittenenmaßen der Träger des ganzen Rechtsverhältnisses zwischen den gegenwärtigen Parteien ist, so kann auf die vor diesem Notariatsakte stattgehabten Traktate eine Rücksicht nicht mehr genommen werden und erscheint der behauptete Irrthum Seitens des Notars in Aufnahme des Flächenmaßes um so irrelevanter, als Klägerin selbst bei Genehmigung des verbrieften Vertrages nicht im Irrthum über das Vertragsobjekt sein konnte.

DAÖGrf. v. 12. Sept. 1865 Nr. 823^{64/65}.

Nachschrift des Einsenders. In Zink's Kommentar zum Notar.-Ges. ist bereits in Note 37 zu Art. 11 (S. 416 in v. Dollmann's Gesetzbuch. Th. II Bd. 3), die Bemerkung gemacht, nicht seltene Prozesse seien schon dadurch entstanden, daß der Verkäufer die Bestandtheile seines Gutes auf dem Felde vorzeigte, der Assessor aber in den Kaufbrief nur die Nummern des abverlangten Steuerkatasterauszuges aufnahm, von denen der Käufer nichts verstand, daß aber beide Indikationen nicht mit einander übereinstimmten. Die bisherige Erfahrung hat auch seit dem Notariatsgesetze die Richtigkeit dieser Bemerkung vielfach bewährt; in mehreren Fällen ergaben sich schon Rechtsstreitigkeiten daraus, daß die Notare, im bequemen Vertrauen auf den ihnen vorgelegten Auszug aus dem Steuerkataster, sich der mühseligen Aufgabe, den wahren Bestand der Kaufsobjekte durch eifrige und eindringliche Rücksprache mit den Parteien zu ergründen, nicht mit der so wünschenswerthen Genauigkeit unterzogen. Dem Pflichteifer der Notare allein bleibt es anheimgegeben, diesen Mißstand gründlich zu heben; es wird sich nur selten ein Verkäufer finden,

welcher unverschämte genug wäre, auf die erste Frage, ob alle Grundstücke des Steuerkatasters noch vorhanden seien und keine weiteren in den Kauf gehörten, eine unwahre Antwort zu geben, und sollte dieses durch die Instruments- oder andere Zeugen wirklich erwiesen werden können, so läge der Betrug des Verkäufers auf klatter Hand, der ihn natürlich zum Schadenersatz verpflichtete, wenn er auch dem Vertrag nicht ganz mit der Richtigkeit behaftet. Vergl. fr. 11 §. 18 de act. emti vend. (19, 1) . . . nisi forte sciens alienum vendidit, quia dolo vendit.

2.

Rekurse der Beamten gegen Disziplinarstrafenkenntnisse.

In den Bl. f. RA. Bd. XXVI S. 334 ist als Grundsatz angenommen worden, daß die Vorschriften des §. 15 der IX. Verfassungsbetlage nicht bloß auf Erkenntniße, durch welche wider einen Beamten eine zur Stellung vor Gericht führende Strafe, sondern auch auf Erkenntniße, durch welche bloße Ordnungsstrafen ausgesprochen werden, Anwendung finden. Dieser Grundsatz ist in einem neuerlich vorgekommenen Falle vom obersten Gerichtshofe anerkannt worden. Gegen einen Landgerichtsassessor hatte das Bezirksgericht M. auf Ertheilung eines Verweises und auf Abstrich der für ein Kommissionsgeschäft angesetzten Diäten und Beihilfgebühren erkannt; der gegen dieses Erkenntniß ergriffene Rekurs wurde aber von dem k. AG. abgewiesen, weil die Beschwerde nicht innerhalb 3 Tage angezeigt worden war. In einer beim obersten Gerichtshofe eingereichten Beschwerde wurde gebeten: die materielle Entscheidung der an die zweite Instanz gebrachten Beschwerde zu veranlassen. Diese

Beschwerde wurde als unzulässig abgewiesen. Der oberste Gerichtshof nahm an:

a) hinsichtlich des gegen ein solches Disziplinarstrafurtheil einzubringenden Rechtsmittels seien nicht die Bestimmungen der O. R. v. XV. §. 3 Nr. 6 u. 7 über außergerichtliche Beschwerden, sondern die Vorschriften des §. 15 der IX. Verfassungsbeilage anzuwenden;

b) nach diesen Vorschriften sei nur eine einzige Beschwerde gestattet; an die Stelle der Appellgerichte, welche früher in Disziplinaruntersuchungen gegen die Landgerichtsassessoren die erste Instanz gebildet hätten, seien in Folge des Gerichtsorganisationsgesetzes v. J. 1861 nunmehr die k. Bezugsgerichte getreten, so daß jetzt das k. Appellgericht in zweiter und letzter Instanz in solchen Disziplinarsachen urtheile.

Das O. R. v. 2. Juni 1865 Nr. 751^{64/65} §. 1. Nr. 3.

Auch nach bayerischem Landrechte, wie nach gemeinem Rechte, können Kinder gegen die Handlungen ihrer leiblichen Eltern keine Restitution erlangen.

Hierüber sagen obertrichterliche Entscheidungsgründe:

Wenn auch die Anmerkungen zum bayerischen Landrechte eine Gesetzeskraft in dem Sinne nicht haben, daß Bestimmungen derselben, welche dem Texte des Landrechtes zuwiderlaufen, oder mit demselben nicht in Einklang zu bringen sind, für den Richter nicht maßgebend sein können, so bilden die Anmerkungen doch eine zuverlässige Interpretationsquelle des Landrechtes, wie dieß von jeher von allen bayerischen Gerichten und Gerichtshöfen anerkannt ist. Zugleich ist in dem Landrechte selbst und zwar

in Th. I Kap. II §. 9 ausgesprochen, daß das gemeine Recht in allen durch das einheimische Recht nicht genug bestimmten Fällen subsidiär zur Anwendung zu kommen habe.

Ein solcher Fall ist hier gegeben.

Das bayerische Landrecht hat die Lehre von der Restitution der Minderjährigen gegen ihren nachtheilige Akte pure aus dem gemeinen Rechte herübergenommen, und wenn daher auch der Text des Landrechtes in Th. I Kap. VII §. 30 die im gemeinen Rechte ausdrücklich festgesetzte Ausnahme, wonach Kinder wegen der bestehenden Ehrfurcht gegen Akte ihrer leiblichen Eltern keine Restitution suchen dürfen, eine Erwähnung nicht thut, so wird eben diese Gesetzesstelle durch den ganz bestimmten und klaren Inhalt der Anmerkungen (Nr. 5 drittens) ergänzt und unter ausdrücklicher Allegation der gemeinrechtlichen Vorschriften in l. 2 Cod. 2, 42 und l. 3 Dig. 4, 4 diese Lehre in ihrem ganzen Umfange als auch für das bayerische Recht maßgebend erklärt. Hierin liegt aber kein Widerspruch der Anmerkungen mit dem Gesetzestexte, sondern nur eine Erläuterung und Ergänzung desselben im Sinne des oben allegirten §. 9 Th. I Kap. II.

Wenn sich Kreittmayr hiebei noch auf eine Entscheidung des ehemaligen revisorii bezieht, wodurch die angeblich entgegenstehende Novelle 155 beseitigt werden will, so war dieß nicht einmal nöthig, da diese Novelle nur den Fall behandelt, wo der überlebende parens Vormund der Kinder war, daher ganz im Einklange mit der Gesetzgebung steht, indem sie einen Ausnahmefall behandelt, welcher bekanntlich die Regel nur verstärkt.

DAUERf. v. 10. Okt. 1865 Nr. 986^{64/65}.
77.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechselfn, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren. — Das reine Indossament eines verjährten Wechsels kann bei der Klage aus dem demselben vorausgegangenen Civilrechtsgeächäfte im ordentlichen Verfahren nicht zur Akktolegitimation dienen. Dauer der nach einer durch Klage eingetretenen Unterbrechung der Wechselverjährung neu beginnenden Verjährung. — Umfang der Bauplast an einem Schulhaufe. — Prozeßkostenliquidation ist Civilprozeßsache. — Kollationspflicht bezüglich der Studentkosten nach bayerischem Landrechte.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechselfn, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Hauser.

Nach gemeinrechtlicher Anschauung, welche auch im bayerischen Landrechte, so wie im preußischen und französischen Rechte festgehalten ist, wird der Erbe als die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzend gedacht; die Schuldverbindlichkeiten des Erblassers gehen sohin durch die Gesamtnachfolge (Universal-succession) in ihrem unveränderten rechtlichen Bestande auf den Erben über. Dieses gilt von Schuldverbindlichkeiten des Erblassers überhaupt, folglich auch von Verpflichtungen desselben aus Wechselfn, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen.

Nach der vermögensrechtlichen Seite faßt daher der Erbe eines Wechselverpflichteten, wie vor dem Tode der Erblasser selbst, also wechselt-

rechtlich, d. h. die Verbindlichkeit richtet sich auch für den Erben nach den wechselförmlichen Erklärungen und deren wechselseitlichen Wirkungen. Demgemäß entscheidet allein das von dem unterliegenden Verpflichtungsgrunde abgezogene (abstrakte) Summenversprechen, und beurtheilt sich das aus dem Wechsel entspringende Rechtsverhältniß nach den wechselrechtlichen Vorschriften.

Auch die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses ändert an dem wechselrechtlichen Charakter der Verpflichtung nichts. Denn die rechtlichen Wirkungen, welche die Gesetze mit derselben verbinden, berühren den rechtlichen Bestand und Charakter der Erbschaftsschulden ganz und gar nicht, sondern beschränken nur die Erfüllung von Seite des Benefizialerben auf das hinterlassene Vermögen des Erblassers.

Auf ähnliche Weise wie bei den Wechseln verhält es sich mit einer Verpflichtung des Erblassers aus einer kaufmännischen Anweisung nach Maßgabe des Gesetzes v. 29. Juni 1851.

Ebenso wird eine Schuldverbindlichkeit des Erblassers in Handelsfachen (Art. 1 des Handelsgesetzbuches) auch für die Erben nach den einschlägigen handelsrechtlichen Bestimmungen beurtheilt.

Die Antheile mehrerer Erben an einer Wechselverbindlichkeit oder einer Verpflichtung aus einer kaufmännischen Anweisung oder an einer Handelschuld des Erblassers bestimmen sich wie bei anderen Schuldverbindlichkeiten desselben nach den erbrechtlichen Grundsätzen über das Verhältniß der Miterben.

Die allg. deutsche Wechselordnung spricht eine Haftung auf das Ganze nur für die im Wechsel Verpflichteten aus, Art. 81 u. 98 Ziff. 10. Dieselbe Vorschrift gilt für kaufmännische Anweisungen

nach Art. 1 des angeführten Gesetzes. Hiernach geht die Haftung des Erblassers aus seinem in dem Wechsel oder der kaufmännischen Anweisung gegebenen Versprechen mit anderen darin verpflichteten Personen auf das Ganze. Die Erben aber treten in diese Verpflichtung des Erblassers wie in eine andere Sammtverbindlichkeit desselben nach Maßgabe der erbrechtlichen Bestimmungen ein. — Ebenso verhält es sich mit einer in Handelsfachen auf Seite des Erblassers begründeten solidarischen Verpflichtung. (Hand.:Ges.:Buch Art. 112, 173, 178, 204, 241, 245, 247, 257, 269, 280.)

Gemeinrechtlich theilen sich mehrere Erben in eine Schuld des Erblassers nach Verhältniß ihrer Erbtheile. L. 25 §. 13 Dig. fam. herc. (10, 2); L. 2 Cod. de her. act. (4, 16).

Ebenso nach bayerischem Landrechte Th. III Kap. I §. 14 Nr. 30; nur wenn die Erben vor Bezahlung der im Inventare vorgetragenen oder sonst genugsam bekannten Erbschaftsschulden die Erbschaft unter sich theilen, haftet jeder Erbe nach dem Mandate v. 30. Oct. 1767 (Meyr's Generalien-Sammlung Bd. I S. 40 §. 3 und 4) bezüglich solcher Forderungen auf das Ganze.

Nach preußischem Landrechte können vor der Erbschaftstheilung sämtliche Erben gemeinschaftlich, einzelne Erben nur nach Verhältniß des Erbtheiles belangt werden, nach der Theilung kann wegen bekannter, unbestrittener Forderungen auch gegen einzelne Erben auf das Ganze ¹⁾ geklagt werden. Landrecht Th. I Tit. 17 §§. 127, 137, 141, 131, 136. Vgl. Koch, Lehrbuch des preußischen Privatrechts §. 521 und §. 515 Not. 6 (Ausg. v. 1846).

Nach französischem Rechte haftet der ein-

¹⁾ Gläubiger jedoch, welche sich auf Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung nicht gemeldet haben, können auch nachher nur nach Antheil des Erben einfordern. §. 141 a. a. O.

zelne Miterbe dem Erbschaftsgläubiger nur nach Verhältniß seines gesetzlichen Erbtheiles, die Fälle der Art. 1221 u. 1223 Code civ. ausgenommen²⁾. Code civ. art. 873 u. 1220. Vgl. auch Art. 1219.

Für diese Haftungsverhältnisse der Miterben ist es gleich, ob es sich um eine Einzelschuld des Erblassers oder bei einer Betheiligung mehrerer Schuldner um eine Theilschuld oder eine Sammtverbindlichkeit desselben handelt³⁾. Nach Maßgabe der angeführten Bestimmungen haften sohin mehrere Erben auch für eine auf Seite des Erblassers begründete Wechsel- oder Handelschuld oder Verpflichtung aus einer kaufmännischen Anweisung, von den bezeichneten Ausnahmefällen abgesehen, nur nach Verhältniß des Erbtheiles. —

In ein höchst persönliches Verhältniß des Erblassers, die Haftung desselben mit seiner Person für Wechsel- oder Handelsschulden, tritt der Erbe nicht ein. Der Wechselarrest ist gegen die Erben des Wechfelschuldners unzulässig. Allg. deutsche Wechselordnung Art. 2 Ziff. 1. Ebenso ist der Personalarrest gegenüber den Erben ausgeschlossen, sofern derselbe nach bestehenden Gesetzen für Wechselfachen gegen den Schuldner stattfindet. Art. 3 des Ges. v. 5. Okt. 1863, einige Bestimmungen der allg. d. Wechselordnung betr.

Letzteres ist der Fall nach der bayerischen

²⁾ Diese Ausnahmen betreffen Verbindlichkeiten, welche durch eine Hypothek gesichert sind oder eine bestimmte Einzelsache („corps certain“), zum Gegenstande haben, in welchen Fällen der das Hypothekensobjekt oder die bestimmte Sache besitzende Erbe auf das Ganze belangt werden kann, — und Verbindlichkeiten, deren Erfüllung einem Erben allein auferlegt ist, oder welche nicht theilweise berichtigt werden sollen.

³⁾ Von Schuldverpflichtungen des Erblassers, welche wegen Unzertrennbarkeit des Gegenstandes keine theilweise Erfüllung zulassen, wird hierbei abgesehen.

Wechsels und Merkantilgerichtsordnung Kap. X §. 9, nach der zufolge der Ansicht des Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg noch anwendbaren Nürnberger Reformation v. 1554 Tit. XI Ges. VI und dem Code civil Art. 2070, Ges. v. 15. Germ. VI, Code de comm. art. 637.

Für kaufmännische Anweisungen, auf welche die Bestimmungen über den Wechselarrest nach dem Ges. v. 29. Juni 1851 Art. 6 keine Anwendung finden, gelten die Arrestvorschriften über Handelsfachen nur insoferne, als sie für den Verpflichteten ein Handelsgeschäft (Art. 271—274 des Handelsgesetzbuches) enthalten. In einem solchen Falle greift der für Handelsfachen zulässige Personalarrest gegen den Erben des Verpflichteten nicht Platz. Art. 3 des angef. Ges. v. 5. Okt. 1863.

Sofern die Körperhaft für Schuldforderungen im Allgemeinen, d. i. abgesehen von einer besonderen, dieselbe nur ausnahmsweise begründenden Beschaffenheit der Verbindlichkeit nach den einschlägigen Gesetzen⁴⁾ stattfindet, ist dieselbe gegen die Erben wegen Erbschaftsschulden überhaupt, mithin auch wegen einer Verpflichtung des Erblassers aus einem Wechsel, einer kaufmännischen Anweisung oder einem handelsrechtlichen Verhältnisse, soweit die Haftung der Erben reicht, für zulässig zu erachten. Vgl. auch Motive zu §. 2 des preuß. Entwurfes einer Wechselordnung. — Durch Art. 3 des Ges. v. 5. Okt. 1863 ist die, abgesehen von dem wechself und handelsrechtlichen Charakter der Schuld, bei Forderungen im Allgemeinen zulässige Körperhaft nicht ausgeschlossen, weil in demselben nur von der in den Gesetzen „für Handelsfachen angedrohten Exekution gegen die Person des Schuldners“ die Rede ist.⁵⁾

⁴⁾ Bayerische Gerichtsordnung Kap. XVIII §. 3 Ziff. 7; Preussische allg. Ger.-Ordn. Tb. I Tit. 24 §. 142 f.

⁵⁾ Für die gegentheilige Ansicht ohne Angabe der

Die Klage gegen den Erben wegen einer Verpflichtung des Erblassers aus einem Wechsel oder einer kaufmännischen Anweisung gründet sich gerade so wie gegen den Erblasser selbst auf den Wechsel, beziehungsweise die Anweisung, weil der Erbe für diese Verpflichtung nur als Träger der Rechtsverhältnisse des Erblassers einzustehen hat. Daher ist auch gegenüber dem Erben dieselbe Gerichtsbarkeit gegeben, welche für Klagen aus Wechseln oder Anweisungen besteht.

Sofern für solche Klagen besondere Gerichte eingeführt sind, kann daher der Erbe aus einer derartigen Verpflichtung des Erblassers nur vor dem besonderen Gerichte belangt werden. Ebenso verhält es sich, wenn das Schuldverhältnis auf Seite des Erblassers eine Handelsache (Art. 62—64 des Einf.-Ges. zum Hand.-Ges.-Buche) bildet und besondere Gerichte für Handelsachen, Handelsgerichte, bestehen. Vgl. auch Kap. X §. 12 der Augsbürger Wechs.-Ordn. und §. 21 der churpfälzbayerischen Wechselordnung v. 1785, ferner Code de procéd. art. 426.

Für das Verfahren auf Klagen aus Wechseln oder kaufmännischen Anweisungen oder in Handelsachen kommen in Folgerichtigkeit auch gegen den Erben die im Bezirke des zuständigen Gerichtes bestehenden Prozeßgesetze, also zunächst die in demselben geltenden besonderen wechsel- oder handelsprozeßrechtlichen Vorschriften, in Anwendung. Vgl. die vorhin angef. Gesetzesstellen, ferner preuß. Landrecht Th. II Tit. 8 §. 896.

(Schluß folgt.)

Gründe spricht sich Mattinger aus in seiner Abhandlung über die Wechselhaft nach dem bayer. Ges. v. 5. Okt. 1863, im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XIII S. 395 und 396.

Entscheidungen des oberſten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Das reine Indoffament eines verjährten Wechſels kann bei der Klage aus dem demſelben vorausgegangenen Civilrechtsgeschäfte im ordentlichen Verfahren nicht zur Aktilegitimation dienen. Dauer der, nach einer durch Klage eingetretenen Unterbrechung der Wechſelverjährung, neu beginnenden Verjährung.

Vgl. Ob. XXX S. 364 u. Bluntſchli a. dort a. O.

Am 5. April 1844 ſtellte M. folgenden Wechſel auf S. aus und wurde ſolcher von dieſem acceptirt:

„Preßburg den 5. April 1844. Medio Mai 1844 zahlen Sie für dieſen Prima-Wechſel an die Ordre meine eigene die Summe von Gulden Sechſtauſend achthundert zwanzig drei Conv. Münze. Werth erhalten und ſtellen auf Rechnung ohne Bericht. M.

Herrn S. in Wien. Angenommen. S.“

Auf der Rückſeite dieſes Wechſels ſteht folgende des Indoffament:

„Für mich an die Ordre des Herrn S., den Werth erhalten. Wien am 26. November 1844. M.“

Der Wechſel wurde im Juli 1862 mittelſt einer gewöhnlichen Ceſſion von S. an W. um 377 fl. abgetreten.

Nun klagte am 31. Juli 1863 W. die in jenem Wechſel bezeichnete Summe zu 6823 fl. Conv. Münze gegen S. ein, jedoch nicht aus dem Wechſel, ſondern aus einem angeblich demſelben vorausgegangenen Abrechnungsgeschäfte zwischen S. und M. über verſchiedene Darlehen und daran ſtattgefundene Zahlungen, ſomit aus einem civilrechtlichen

Titel. Bezüglich desjenigen Rechtsgeschäftes aber, durch welches die eingeklagte Forderung von M. auf G. — den Cedenten des W. — übergegangen sein soll, wurde die Klage lediglich auf das obigem Wechsel beigefügte Indossament vom 26. November 1844 gegründet und dabei ausgeführt, daß bezüglich der Aktivlegitimation kein Bedenken obwalte, weil durch jenes Giro des M. dessen Wille, sein Forderungsrecht an G. zu übertragen, bestimmt und deutlich ausgedrückt sei.

Der oberste Gerichtshof entband jedoch den Beklagten G. von der Klage in angebrachter Art aus folgenden Gründen:

„Das Indossament vom 26. Nov. 1844 enthält nach Form und Ausdruck gleichwie der Wechsel vom 5. April 1844 selbst ein reines Wechselgeschäft über die hierin bezeichnete Wechselsomme, ohne sich auch nur entfernt auf das angeblich dem Wechsel vorausgegangene Abrechnungsgeschäft zu beziehen; insoweit gründet sich die Klage auf einen wechselrechtlichen Titel. Zwar behauptet Kläger W., jenes Indossament begründe nicht ausschließlich eine wechselfähige, sondern auch eine gewöhnliche civilrechtliche Cession, und folgert dieses aus dem darin vorkommenden Beisage: „den Werth erhalten“, unter Bezug auf drei Erkenntnisse in Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 44, Bd. XI Nr. 81 und Bd. XII Nr. 337. Allein jener Beisag ist nur ein, der gewöhnlichen wechselrechtlichen Form angehöriger Ausdruck, welcher nicht dazu dienen kann, demselben unter Absehen von jener Form zugleich eine civilrechtliche Bedeutung beizulegen, um darauf die Annahme einer Cession zu begründen (Borchardt, allg. deutsche Wechselordnung I. Forts. S. 128 Zus. 33; Klette, Samml. v. Präjudizien, S. 176 Nr. 427; Seuffert, Archiv, Bd. VIII S. 246, Bd. XII S. 428 Note 1; Voigt, neues Archiv

für Handelsrecht Bd. III Heft 4 S. 458 lit. b), und die drei vom Kläger angezogenen Erkenntnisse handeln nicht wie vorliegend von Indossamenten, welche Wechselfn beigelegt sind, sondern von Cessionen, welche in der Form der Indossamente den Urkunden über Civilrechtsgeschäfte beigelegt wurden.

Ein reines Indossament, wie das vom 26. November 1844, unterscheidet sich wesentlich von einer gewöhnlichen Cession; dasselbe ist ein rein wechselrechtliches Institut, durch welches nur Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übertragen werden, und gilt wechselrechtlich oder es wirkt gar nichts, kann sonach nicht weiter zur Begründung eines civilrechtlichen Anspruches, wie vom Kläger geschieht, benützt werden (Thöl, Handelsrecht Bd. II S. 283 §. 231, S. 287 §. 232; Brauer, allg. deutsche Wechselordnung S. 51 §. 9; Siebenhaar, Archiv für d. Wechselrecht Bd. I S. 33, 124, 134; Bluntschli in Dollmann's Gesetzgebung des Königr. Bayern, Th. I Bd. I S. 37; Seuffert a. a. O. Bd. X S. 98 a. G.).

Deßhalb ist der Rechtsbestand des Indossaments vom 26. Nov. 1844, somit auch der der Klage, soweit dieselbe daraus bezüglich der Thatsache des Ueberganges der eingeklagten Forderung von M. auf G. gegründet ist, nicht nach den civilrechtlichen Gesetzen des angeblichen Abrechnungsgeschäftes, sondern nach den wechselrechtlichen Gesetzen jenes Indossaments zu beurtheilen, wenn gleich dasselbe zur Begründung eines civilrechtlichen Anspruches im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht wurde (Kletke a. a. O. S. 217 Nr. 550 Abs. 1).

Der Rechtsgiltigkeit des Indossaments vom 26. Nov. 1844 steht aber nun zufolge Art. 77 der seit dem 1. Mai 1850 in Oesterreich und seit dem 1. Januar 1851 in Bayern geltenden allgemeinen deutschen Wechselordnung die Einrede der Verjährung entgegen. Denn der Wechsel vom 5. April 1844

war Mitte Mai 1844 verfallen, die von da an beginnende dreijährige Verjährungsfrist jenes Indossaments daher am 15. Mai 1847 gegenüber dem Acceptanten des Wechsels abgelaufen. Zwar wurde jener Wechsel bei dem k. k. Mercantil- und Wechselgerichte in Wien im Juni 1846 eingeklagt und von diesem Gerichte mittelst Dekretes vom 8. dess. M. Zahlungsbefehl erlassen, der Antrag auf Vollzug dieses Dekretes jedoch wegen Nichtigkeit des Verfahrens an jenem Gerichte durch Erkenntniß des angegangenen k. bayerischen Appellationsgerichtes vom 10. August 1852, bestätigt vom obersten Gerichtshofe unterm 15. Januar 1853, abgewiesen. Deshalb hat jene Klage bei dem k. k. Mercantil- und Wechselgerichte in Wien die Unterbrechung der Verjährung nicht bewirkt; könnte man übrigens derselben diese Wirkung beilegen, so war seit dem Jahre 1853 die bemerkte dreijährige Verjährungsfrist sowohl vor der erst im Juli 1862 erfolgten Cession der eingeklagten Forderung von Seite des H. an den Kläger W., als auch vor Anstellung der gegenwärtigen Klage de praes. 31. Juli 1863 längst wieder verfloßen, somit vollendet und die Verjährung des Indossaments neuerdings eingetreten (Seuffert a. a. O. Bd. IV S. 227; Vorhard, allg. deutsche Wechselordnung S. 64 Zul. 4; Kletke a. a. O. S. 216 Nr. 543; Zeitschrift für Gesetzg. und Rechtspf. des K. Bayern Bd. VIII S. 272 Nr. XVIII; Kibel, württb. Archiv Bd. VI S. 408, 409).

In Folge dieser Verjährung des Indossaments vom 26. Nov. 1844 erlosch jedoch gemäß Art. 83 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nicht allein die wechselfähige Verbindlichkeit des Acceptanten S. gegenüber dem Indossatar H., sondern derselbe blieb auch in civilrechtlicher Beziehung diesem nur in so weit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde. Dem Indossatar H. stand

daher nur in dieser Beziehung aus dem verjährten Indossament eine civilrechtliche Klage auf Entschädigung im ordentlichen Rechtswege zu, und kann das verjährte Indossament nicht dazu dienen, darauf, wie vom Kläger W. geschehen, nun eine Cession der Forderung des Indossanten M. aus dem angeblich vorausgegangenen Abrechnungsgeschäfte gegen den Acceptanten S. von Seite des ersteren an den Indossatar H. zu begründen (Brauer a. a. O. S. 160 Nr. 2; Seuffert a. a. O. Bd. II S. 397, 398, Bd. VIII S. 116 Nr. 79; Siebenhaar a. a. O. Bd. I S. 138, Bd. II S. 37, 40, 41, 46, 83, 84, 85, 88, Bd. VII S. 137, 138; Bluntzli a. a. O. S. 126 Nr. 1, S. 127 Nr. 2; Borchardt, allg. deutsche Wechselordnung I. Fortsetzung S. 160 Zus. 99 und 100, dann lit. g; Kletke a. a. O. S. 199 Nr. 498, S. 234 Nr. 602, S. 235 Nr. 604; Kübel a. a. O. Bd. VI S. 416).

War aber hiernach schon der Indossatar H. nicht berechtigt, auf den Grund des Indossaments vom 26. November 1844 jene Forderung aus dem angeblich vorausgegangenen Abrechnungsgeschäfte einzulagen, so konnte derselbe auch nicht bei der Cession dieser Forderung im Juli 1862 an den Kläger W. jene Berechtigung auf ihn übertragen. Dem Kläger W. mangelte somit in dieser Beziehung die Legitimation zur Einlagung der Forderung.

Beflagter S. konnte übrigens von der angestellten Klage nur in angebrachter Art entbunden werden, weil dem Kläger W. überlassen bleiben muß, auf das in derselben Vorgetragene einen anderweitigen Anspruch gegen den Beflagten S. geltend zu machen.

OLG Erf. v. 27. Sept. 1865 Nr. 1001^{64/65}.

Wfd.

2.

Umfang der Baulast an einem Schulhause.

Vergl. Bd. XIII S. 45 Nr. 4; Bd. XVIII S. 352; Bd. XIX S. 93*; Bd. XXII S. 388.

Mehreren Gemeinden steht das Recht zu, ein der Standesherrschaft f. gehöriges Haus als Schutthaus und Lehrerwohnung zu benützen.

Als dieses Haus abbrannte, weigerte sich die Standesherrschaft, dasselbe wieder aufbauen zu lassen und berief sich zur Rechtfertigung dieser Weigerung auf den Grundsatz, daß mit dem Untergange der dienenden Sache das darauf haftende Recht Dritter von selbst erlösche.

Die Gemeinden bestritten in dem hierüber entstandenen Prozesse die Anwendbarkeit dieses Satzes auf den konkreten Fall und machten zugleich geltend, daß der Standesherrschaft die Baulast hinsichtlich des fraglichen Hauses obliege, daß auch hieraus die Verbindlichkeit derselben zur Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes fließe, weshalb sie die Klagebitte stellten, die Standesherrschaft zum Wiederaufbaue des Hauses anzuhalten.

Das Gericht erster Instanz erachtete die Klage für begründet und legte den klagenden Gemeinden Beweis darüber auf, daß der beklagten Standesherrschaft die Baulast hinsichtlich des bezeichneten Hauses obliege.

Das Gericht zweiter Instanz pflichtete jedoch der Ansicht der Beklagten bei, daß durch den Untergang des Hauses auch die darauf ruhende Gerechtsame der Gemeinden erloschen sei, und entband demgemäß die beklagte Standesherrschaft von der gestellten Klage.

Auf eingelegte Revision stellte der oberste Gerichtshof das erstrichterliche Beweisinterloktut wieder her aus nachstehenden Gründen:

Es steht unbestritten fest, daß die klagenden Gemeinden das Recht hergebracht haben, daß der beklagten Standesherrschaft gehörige Haus zur Abhaltung der Schule und zur Lehrerwohnung zu benützen.

Dieses Recht schließt, so wie es einen fortbauernenden bleibenden Zweck zum Gegenstande hat, so auch für die Standesherrschaft die bleibende, nie erlöschende Verbindlichkeit in sich, durch Gestattung der den Gemeinden zukommenden Gerechtsame den Schulzweck zu fördern und zum Schulunterrichte beizutragen. Der Schulzweck jener Gemeinden ist gewissermaßen in den analogen Betracht der berechtigten Person zu stellen.

Die Standesherrschaft hat diese ihre Verbindlichkeit auch bisher insoweit anerkannt, daß sie das fragliche Haus in der Brandasssekuranzanstalt versichern ließ und die treffenden Beiträge in dieselbe berichtigte.

Dermalen handelt es sich darum, ob durch das Abbrennen des Hauses auch das auf demselben ruhende Recht der klagenden Gemeinden erloschen sei oder noch fortbestehe, und ob aus der angeblichen Baupflicht der Standesherrschaft die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes sich ergebe.

Das Gericht voriger Instanz hat die erste Frage bejaht, sonach angenommen, daß nach gesetzlichen Bestimmungen durch das Abbrennen des Hauses von selbst das Recht der klagenden Gemeinden erloschen sei.

Allein bei den geschilderten sonderheitlichen Verhältnissen des vorliegenden Falles lassen sich die Grundsätze der römischen Servituten oder der deutsch-

rechtlichen Reallasten schon an sich nicht, unbedingt hieher anwenden; entscheidend bleibt vielmehr, daß das Recht der Gemeinden auf einen fortdauernden Zweck gerichtet ist, und daß diesem nur eine bleibende, nie erlöschende Verbindlichkeit der Standesherrschaft entspricht.

Selbst aus der jedem Eigenthümer zukommenden Befugniß, eine Sache beliebig zu verelinquieren, vermag die Standesherrschaft nicht das Recht abzuleiten, den Wiederaufbau des abgebrannten Hauses ohne Weiteres zu unterlassen, weil wohlerrworbene Rechte Dritter in Mitte liegen und die Befugniß der freien Verfügung wesentlich beschränken.

Ist es überdies richtig, wie klägerischer Seite behauptet wird, daß der beklagten Standesherrschaft die Baulast hinsichtlich des Schulhauses obliegt, so tritt die Verbindlichkeit derselben zum Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes nur noch klarer und dergestalt zu Tage, daß das Schicksal des gegenwärtigen Prozesses lediglich darauf beruht, ob die diesfallige Behauptung der klagenden Gemeinden sich in Richtigkeit verhalte. Denn in diesem Falle kommt der schon öfters oberstrichterlich adoptirte Grundsatz zur Anwendung, daß, wenn die Baupflicht an ein Gebäude geknüpft ist, welches, wie hier das Schulhaus, einen bestimmten Zweck hat, alle zur Erreichung dieses Zweckes nöthigen Mittel aufgeboten werden müssen, weil die Mittel dann von dem Zwecke unzertrennlich sind.

Es war daher den klagenden Gemeinden, wie im erstrichterlichen Erkenntniß geschehen, der Beweis über die der Standesherrschaft obliegende Baupflicht aufzuerlegen.

Dabei versteht sich übrigens von selbst, daß zur Wiederherstellung des abgebrannten Hauses zuvörderst und unter allen Verhältnissen die aus der Brandassessurauflage zu erwartende Entschädigung

verwendet werden muß, wonach der über die Baukosten zu führende Beweis lediglich den Zweck hat, zu ermitteln, wer die den Brandentschädigungsbeitrag übersteigenden Baukosten zu bestreiten verpflichtet sei.

OAGrf. v. 7. März 1865 Nr. 384^{64/65}.

3.

Prozesskostenliquidation ist Civilprozeßsache.

Wenn es sich nach erfolgter Entscheidung in der Hauptsache um die Liquidation der Kosten des Beklagten handelt, zu deren Bezahlung der Kläger verurtheilt wurde, und wenn in dieser Beziehung dem Beklagten der Auftrag ertheilt wurde, eine Spezifikation der summarisch angelegten außergerichtlichen Kosten für Reisen einzureichen, die gegen diese Auflage erhobene Beschwerde aber in zweiter Instanz abgewiesen worden ist, so kann die gegen diese Abweisung an die dritte Instanz gebrachte Beschwerde nicht als eine Extrajudizialappellation nach Kap. XV §. 5 Nr. 6 u. 7 der O. O. beurtheilt werden. Denn der Beklagte, welcher den Ersatz seiner Prozesskosten von dem verurtheilten Kläger verlangt, steht auch bei diesem Kostenliquidationsverfahren dem Kläger immer noch als Partei gegenüber, wenn der Streit auch nicht mehr die Hauptsache, sondern nur die Nebensache, die Prozesskosten, betrifft¹⁾. Die

¹⁾ In dem in den Bl. f. R. A. Bd. XIII S. 350 referirten Falle handelte es sich nicht von der Verbindlichkeit der Gegenpartei zum Ersatze der ihrem Gegner erwachsenen Kosten, sondern um Ansaß oder Niederschlagung von Gerichtstagen. Auch der in Berathung befindliche Entwurf einer Prozeßordnung läßt über die unter den Parteien streitigen Kosten keine

Zulässigkeit der Beschwerdeführung ist sowohl von der prozeßrechtlichen Eigenschaft des Dekretes (§. 51 des PrG. v. 17. Nov. 1837) als auch von der Einhaltung der Berufungsfrist, so wie von dem Vorhandensein der Berufungssumme abhängig. Bd. Kap. XVII §. 4 Nr. 7.

DAöGrf. v. 23. März 1865 RNr. 467^{64/65}.
§.

4.

Kollationspflicht bezüglich der Studienkosten nach bayerischem Landrechte.

Die Behauptung, daß Studienkosten unter allen Umständen nicht aufgerechnet werden dürfen, ist rechtlich nicht begründet. Insbesondere tritt nach bayerischem Landrechte Ld. III Kap. I §. 15 Nr. 7 die Kollationspflicht nicht nur in dem Falle ein, wenn der desfallsige Aufwand den durch den regelmäßigen Verlauf der Studien gebotenen Betrag übersteigt, sondern nach Nr. 17 a. a. O. auch dann, wenn der Erblasser seine auf eine solche Aufrechnung gerichtete Absicht deutlich zu erkennen gegeben hat. Genügt hienach zur Begründung der Kollationspflicht schon die einseitige Willenserklärung des Erblassers allein, so muß dieß um so mehr gelten, wenn der betreffende Erbe selbst die Richtigkeit und Angemessenheit der desfallsigen Bestimmung des Erblassers anerkennt.

DAöGrf. v. 28. Sept. 1865 RNr. 933^{64/65}.
77.

einfache Beschwerde zu. Vgl. Art. 688 mit den Motiven §. 25 N. 2.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Ente (Adolph Ente)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsell, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfähen, hier insbesondere über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren. (Schluß.)
— Sind die Eltern schuldig, ihren Kindern eine cautio usufructuaria zu leisten?

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsell, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfähen, hier insbesondere über die Rechtsverfolgung gegen die Erben, über die Zuständigkeit und das Verfahren.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Hauser.

(Schluß.)

In dem Verfahren über die Nichtigstellung der Schuldforderung entstehen aus der Eigenschaft des Beklagten als Erben einige Besonderheiten.

So weit mit der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses die Wirkung verbunden ist, daß der Erbe während der Frist für die Inventarserrichtung von Gläubigern nicht behelligt werden darf, hat der Benefizialerbe eine verzögerliche Einrede gegen eine in dem bezeichneten Zeitraume angestellte Klage eines Erbschaftsgläubigers. Cf. l. 22 §. 11 Cod. de jur. delib. (6, 30); Code civil art. 797.

Das bayerische Landrecht anerkennt dieselbe Wirkung der Rechtswohlthat des Inventars (Th. III Kap. I §. 18 Nr. 10 Zweitens). Die Einrede ist jedoch zufolge Kreittmayr's Anmerkung hiezu Nr. 10 (d) „in Forderungen, welche keinen Verschub leiden, z.

Neue Folge XI. Band.

E. in Klagen um Alimenta oder Funeralkosten u. dgl.“, nicht statthaft, welches auch auf Klagen aus Wechselfn und kaufmännischen Anweisungen Anwendung finden muß.

Das preussische und das französische Recht, nach welchen die Erbschaft schon von Rechts wegen ohne eine Willenserklärung des Erbberechtigten erworben wird, gewähren dem Erben eine Ueberlegungsfrist zur Aufhebung der Erbschaft mit der Befugniß, sich auf Klagen von Erbschaftsgläubigern vor Ablauf der Frist nicht einzulassen (Preuß. Landrecht Th. I Tit. 9 §. 367 u. 368 Th. II Tit. 8 §. 897; Code civ. art. 724 u. 797; Code de procéd. art. 174).

Auf dem nämlichen Standpunkte steht der bayerische Entwurf einer Proz.-Ordn. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Art. 163 vgl. mit Art. 188 und Art. 454. Für das Anwendungsgebiet des gemeinen und des bayerischen Landrechtes ist dieser Standpunkt des Entwurfes unrichtig (vgl. Blätter f. RA. Bd. 29 S. 471 fg.).

Bezüglich der Erbeneigenschaft des Beklagten ist im Verfahren vor den Handelsgerichten wie über jeden anderen zur Klagebegründung gehörigen Thatumstand die sofortige Verbindung der Beweisantretung mit der Klage als Prozeßerforderniß zu betrachten nach der Nürnberger Handelsgerichtsordnung v. 1804 Art. 16 und der churpfälz-bayerischen Wechsel- und Merkantilerichtsordnung v. 1785 Kap. III §. 1 und zwar ohne Unterschied zwischen Wechsel- und Handelsfachen, ferner nach der Augsburger Wechsel-Ordnung v. 1778 Kap. X §. 2 u. der preussischen allgemeinen Gerichtsordnung Th. I Tit. 27 §. 4 folg. bei Klagen aus Wechselfn und kaufmännischen Anweisungen.

Die Gerichtsübung, welche in dem Anwendungs-

gebiete der bayerischen Wechsel- und Merkantil-Gerichtsordnung für Handelsachen eine Ausnahme macht, steht nicht im Einklange mit dem Geiste dieses Gesetzes, da dasselbe das darin angeordnete summarische Verfahren auch auf Handelsrechtsstreitigkeiten, so weit nicht die rechtliche Besonderheit des Wechsels die ausschließliche Anwendung auf Wechselsachen zur Folge hat, ausdehnt und keine Trennung des Verfahrens über die Richtigstellung in ein Stadium des Rechtsvorbringens und ein Stadium der Beweisführung kennt.

Die Beweismittel unterliegen keiner Beschränkung nach der Nürnberger Handelsgerichtsordnung Art. 16. Ziff. 2, desgleichen für Handelsachen nach der churpfälzbayerischen Wechsel- und Merkantil-Gerichtsordnung. Letztere führt zwar die Zeugen nicht als Beweismittel auf; allein da die mit derselben verbundene Tagordnung eine Tagbestimmung für die „Citation an einen Zeugen“ und für ein „Zeugenverhör“ enthält, so wird die Zulässigkeit des Zeugenbeweises vom Gesetzgeber ausdrücklich vorausgesetzt. — Auf Wechselsachen und Klagen aus kaufmännischen Anweisungen dürfte jedoch die Zulassung des Zeugenbeweises nicht auszudehnen sein, sofern nicht der Kläger auf die Vortheile des Wechselverfahrens, welche hauptsächlich in der Beschränkung des Beklagten auf liquide Einreden bestehen, verzichten und seine Klage gleich Handelschuldklagen behandelt wissen will.

Die Augsburger Wechselordnung Kap. X kennt nur Urkunden und Eid als Beweismittel. Nach dem preussischen Wechselprozeß ist außerdem auch ein beschränkter Zeugenbeweis zulässig (Allgemeines preussisches Landrecht Th. II Tit. 8 §. 917 u. 918. Vgl. hierüber auch Blätter f. RA. Bd. XXX S. 214 fg.). Nach der französischen Civ.-Proz.-Ordn. ist eine Verbindung der Beweis-

antretung mit der Klagezustellung nur in Beziehung auf Urkunden veranlaßt. Im Falle einer Bestreitung ist im handelsgerichtlichen Verfahren die Verurtheilung über die Erbenelgenschaft des Beklagten an das ordentliche Gericht zu verweisen (Art. 415 und 65, Art. 426).

Da die Erbschaftsannahme auf zweierlei Art, nämlich ohne die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses oder mit derselben stattfinden kann und hiernach der Umfang der Haftung auf Seite des Erben verschieden ist, so fragt es sich, ob der Kläger die Art der Erbschaftsannahme für die Klagebegründung, oder ob der b e k l a g t e E r b e die Rechtswohlthat im Wege der Einrede darzuthun habe?

Mit dem Sage, daß Rechtswohlthaten Niemanden aufgedrungen werden, ist für diese Frage selbstverständlich nichts entschieden. Denn bei derselben wird vorausgesetzt, daß der Erbe bereits Gebrauch von der Rechtswohlthat gemacht habe, und es handelt sich nur darum, ob derselbe diese Thatfache zu seinem Schutze anzuführen und zu beweisen habe. Auch ist von keiner exceptio im Sinne des römischen Rechtes die Rede, weil das Dasein der Rechtswohlthat nicht erst *ope exceptionis*, wie z. B. die Rechtswohlthat aus dem Vellejanischen oder Macedonianischen Senatuskonsulte, sondern *ipso jure* wirkt.

Betrachtet man den rechtlichen Charakter der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses, so ist die Erklärung dieses Vorbehaltes eine Modalität in Beziehung auf die Erbschaftsannahme. In diesem Sinne wird auch von einem „b e d i n g t e n Erbschaftsantritt“ gesprochen.

Führt der Kläger die Erbschaftsannahme mit der Modalität der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses selbst an, so gilt dieselbe zu Gunsten des belangten Erben als zugestanden. Enthält das Klage-

vorbringen ein solches Zugeständniß nicht, so muß man zwischen den verschiedenen Erbschaftserwerbsgründen unterscheiden.

Ist eine Willenserklärung zum Erwerbe der Erbschaft nothwendig, und bezieht sich der Kläger auf einen Erbschaftsantritt (*hereditatis aditio*), so muß die Klage dieses Rechtsgeschäft in seiner konkreten Erscheinung, folglich, weil es zwei Arten des Erbschaftsantrittes gibt, nämlich mit oder ohne die Modifikation der Rechtswohlthat, einen Erbschaftsantritt von der einen oder von der anderen Art anführen. Bezieht sich nun der Kläger auf einen bestimmten Erbschaftsantritt ohne eine solche Modifikation, so kommt es darauf an, wie sich die Entgegnung des beklagten Erben zur Klagebehauptung verhält.

Entgegnet derselbe, daß er den Erbschaftsantritt mit der Rechtswohlthat des Inventares erklärt habe, so verneint er das vom Kläger für seinen Anspruch behauptete Rechtsgeschäft. Denn er bestreitet eine die fragliche Modalität nicht enthaltende Willenserklärung. Der Kläger hat daher einen durch die Rechtswohlthat nicht modifizirten Erbschaftsantritt darzuthun. Für diesen Nachweis genügt es aber, eine den Erbschaftsantritt zum Inhalte habende Willenserklärung darzulegen, welche keine derartige Modifikation an sich trägt. Denn wenn bei einer Willenserklärung ein bestimmter Vorbehalt (eine Bedingung oder eine sonstige Modalität) nicht ausgesprochen ist, so ist die Vorbehaltlosigkeit als ein natürlicher Bestandtheil derselben (*naturale negotii*), als von selbst gegeben zu erachten (vgl. Buchta, Pandekten §§. 58 u. 97 Note i u. l.). Daher ist der Beweis des Klägers erbracht, wenn er außer dem Erbanfalle eine Erklärung des Erbschaftsantrittes von Seite des Beklagten darthut, in

welcher kein Bezug auf die Rechtswohlthat vor-
kommt⁶⁾).

- *) Die schon seit der Glosse vielseitig behandelte Frage, welchen Theil bei einer Klage aus einem bedingungs-
losen Geschäft, wenn vom Beklagten eine Bedingung
behauptet wird, die Beweislast treffe, fällt unter die
allgemeinere Materie von der Beweislast bezüglich
der natürlichen und der zufälligen Bestandtheile eines
Rechtsgeschäftes überhaupt. Diese Frage ist dem ma-
teriellen Gehalte nach ziemlich übereinstimmend
beantwortet. Verlangt man von dem Kläger den
Beweis des ohne Bedingung behaupteten Rechtsges-
chäftes oder vom Beklagten den Beweis der von
ihm entgegengehaltenen Bedingung, — im Grunde
trifft in beiden Fällen den Beklagten der Beweis
der Bedingung. Denn auch im ersteren Falle wird
vom Kläger nur der Beweis der wesentlichen,
nicht der mit denselben von selbst gegebenen natür-
lichen Bestandtheile des Geschäftes, zu welchem letzteren
die Unbedingtheit gerechnet wird, gefordert; dem Be-
klagten wird freigelassen, die Bedingung als zu-
fälligen Bestandtheil des Geschäftes darzutun;
auch besteht in Ansehung der Beweismittel kein Un-
terschied, weil der Gegenbeweis des Beklagten mit
Recht als ein künstlicher aufgefaßt wird, worüber
auch der Haupteid und wogegen auch selbst wieder
ein Gegenbeweis zulässig ist.

In formaler Beziehung aber handelt es sich
nicht um eine Rechts-, sondern eine Thatfrage;
denn es kommt in dem einzelnen Falle darauf an,
ob in der Entgegnung des Beklagten das vom
Kläger behauptete Geschäft allen wesent-
lichen Bestandtheilen nach als zugestanden
erachtet werden kann oder nicht.

Eine ausführliche Zusammenstellung der verschie-
denen Meinungen über die bezeichnete Streitfrage
findet sich im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft
Bd. IX S. 154—167.

Zusatz des Herausgebers. Wenn die Lehre so,
wie im Obigen, ausgesprochen wird, so darf man wohl
fragen, was dann außer der differentia abni zwischen

Führt dagegen der Erbe an, daß er nach dem vom Kläger behaupteten Erbschaftsantritte von der Rechtswohlthat noch Gebrauch gemacht habe, so gibt er den behaupteten Klagegrund, nämlich den ursprünglich ohne die Rechtswohlthat erklärten Erbschaftsantritt, zu, und es ist Sache des Erben, die von ihm behauptete, in der Folge eingetretene, seine ursprüngliche Willenserklärung modifizirende Thatsache zu beweisen.

ihr und der Ansicht, welche dem Kläger den Hauptbeweis des Rechtsgeschäftes, dem Beklagten den Hauptbeweis der beigefügten Modalität auferlegt, noch für ein Unterschied bestehe? Hieran knüpft sich natürlich die weitere Frage: ob der letzteren Ansicht nicht der Vorzug zu geben sei, weil sie einfacher ist und nicht dazu führt, die einmal positiv bestehende und gewiß nicht unvernünftige Rechtsregel von der Unzulässigkeit der *reprobatio reprobationis* und des Eides als Gegenbeweismittel über den Haufen zu werfen. — Eine weitere Beleuchtung dieser Frage würde hier zu weit führen. Nur soll noch angeführt werden, daß die Antizipation des Widerspruchs einer Thatsache keinen Einfluß auf die Beweislast rücksichtlich derselben haben kann (vgl. Bl. f. R. Bd. XXV S. 97 ff.).

Für die konkrete Frage bei der Rechtswohlthat des Inventares läßt sich aber auch noch bestreiten, daß das *beneficium* von einer Modalität der Erklärung über den Erbschaftsantritt abhängt. Das gemeine Recht knüpft bekanntlich die Rechtswohlthat an die selbständige Thatsache der Errichtung eines Inventares; ebenso das bayerische R. (Th. III Kap. I §. 18 Nr. 10). Aber auch nach preussischem und französischem Rechte ist dieß mindestens insofern der Fall, als zu der Erklärung über den bedingten Erbschaftsantritt die wirkliche Errichtung des Inventares hinzukommen muß, wenn der Erbe von der Haftung für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen frei werden soll (vgl. Preuß. R. Th. I Tit. 9 §. 423 und 428, Code civil art. 794).

Bezieht sich der Kläger auf eine tatsächliche Ausübung des Erbrechtes (pro herede gestio), so besteht zwischen diesem Klagegrunde und dem Rechtsakte des Vorbehaltes des Erbverzeichnisses eine vollständige Zusammenhangslosigkeit. Man kann keine pro herede gestio mit oder ohne Rechtswohlthat⁷⁾ unterscheiden. Wird bei einer tatsächlichen Ausübung des Erbrechtes die Erklärung des Vorbehaltes des Erbverzeichnisses rechtsförmlich abgegeben, so schließt sie von selbst einen Erbschaftsantritt (hereditatis aditio) in sich.

So weit nach einer pro herede gestio die Rechtswohlthat noch zulässig ist, hat der Erbe, der sich auf den dieselbe begründenden besonderen Rechtsakt beruft, diesen im Falle der Bestreitung darzuthun.

Soferne der Erwerb der Erbschaft mit dem Anfall schon von Rechtswegen gegeben ist, so gehört die Erbschaftsannahme nicht zur Klagebegründung; daher reicht es für die Klage hin, die Voraussetzung dieses Erwerbes, das Erbrecht des Beklagten, wenn bestritten, darzuthun. Ist in der Folge die Modalität der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses hinzutreten, so ist dieser besondere Umstand von dem sich hierauf berufenden Erben darzuthun.

Im Uebrigen hat das Verfahren über die Richtigstellung gegenüber beklagten Erben keine Besonderheit. Verhält sich die Verpflichtung des Erblassers in Richtigkeit, so wird der Erbe für schuldig erkannt, zu bezahlen, im Falle der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses jedoch mit der Beschränkung auf den Bestand der Erbschaftsmasse.

⁷⁾ Nach preuss. Landrechte gilt die pro herede gestio als Erbschaftsannahme mit der Rechtswohlthat des Inventares.

In Ansehung der Hilfsvollstreckung muß ein Unterschied in dem Verfahren eintreten, je nachdem der Erbe ohne die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses oder mit derselben die Erbschaft angenommen hat.

Der erste Fall, in welchem der Erbe ohne Rücksicht auf den Betrag des Erbvermögens auch mit dem eigenen Vermögen für die Schuld des Erblassers einzustehen hat, gibt keinen Anlaß zu einer Abweichung von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens. Vgl. auch Kap. X §. 12 der Augsburger Wechselordnung mit §. 21 der churpfälzbayerischen Wechselordnung, ferner preuß. RM. Th. II Tit. 8 §. 896. Diesem Falle steht nach gemeinem Rechte gleich, wenn innerhalb der Ueberlegungsfrist der von Erbschaftsgläubigern gebrängte Erbberechtigte sich nicht erklärt hat, indem sein Stillschweigen Gläubigern gegenüber, welche auf eine Erklärung gedrungen haben, als Antretung angesehen wird (l. 22 §. 14 Cod. de jure delib. (6, 30); Puchta, Pandekten §. 498 Nr. 4; Seuffert, Pandektenrecht §. 568 Note 9). Das bayerische Pandrecht macht einen Unterschied, je nachdem die gesetzliche oder die Testaments-Erbfolge eintreten soll. Letztenfalls sollen die Erbinteressenten zur Erklärung über den letzten Willen unter Vorsetzung einer Frist und Androhung der Annahme der Anerkennung des Testaments veranlaßt werden. Das Stillschweigen gilt demgemäß hier als Erbschafts-Annahme. Bei der Intestaterbfolge dagegen wird die Ueberlegungsfrist bei Vermeidung des Verlustes der Erbschaft vorgelegt (Th. III Kap. II §. 17 Nr. 2; Kap. I §. 5 Nr. 8, §. 19 Nr. 5; Kreittmayr's Anmerkungen hiezu §. II—VIII Nr. 10 lit. f).

Hat aber der Erbe mit der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses die Erbschaft angenommen, sohin nur auf den Belauf der Nachlaß-

masse für des Erblassers Schuldbverbindlichkeiten einzustehen, so können sich im Hilfsvollstreckungsverfahren Besonderheiten aus den Wirkungen ergeben, welche die Gesetze an die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses knüpfen.

Diesem Falle steht nach preussischem Rechte gleich, wenn innerhalb der Ueberlegungsfrist eine Erklärung über die Erbschaftsannahme nicht abgegeben wird. Hier wird das Stillschweigen der Erbschaftsannahme mit der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses gleichgestellt (Preuß. Landr. Th. I Tit. §. 421, 442; allg. preuß. Ger.-Ordn. Th. I Tit. 51 §. 57).

Nach französischem Rechte kann der Betreffende nach Ablauf der zur Errichtung eines Inventars und zur Erklärung über Annahme oder Aufgehung der Erbschaft bestimmten Frist von den Erbschaftsgläubigern als Erbe belangt werden, jedoch kann er auch in diesem Falle noch um eine neue Frist ansuchen. Er kann die Erbschaft mit der Rechtswohlthat annehmen oder dieselbe aufgeben, bis zu dem Zeitpunkte, wo er rechtskräftig verurtheilt ist (Code civ. art. 795, 798—800; Code de proc. art. 174; vgl. Zacharia, französ. Civilrecht §. 614 der Ausg. v. 1837).

Abgesehen von den Streitigkeiten, welche sich darüber unter den Parteien erheben können, ob die im Wege der Hilfsvollstreckung anzugreifenden Gegenstände zur Nachlassmasse gehören oder wie groß die Erbschaft sei (welche wie andere Präjudizialpunkte in der Exekution zu behandeln sind), entsteht ein eigenthümliches Verfahren, wenn der Benefizialerbe den klagenden Gläubiger wegen Unzulänglichkeit oder wegen Ungewißheit der Zulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu bezahlen sich weigert, ohne eine Controveröffnung über die Erbschaft zu veranlassen.

Dieses Verhältniß schließt einige Seiten in sich, die einer besondern rechtlichen Beleuchtung bedürfen. Der Einwand des Benefizialerben, welcher eine Erbschaftsliquidation mit Berücksichtigung der Stammsrechte bezieht, fordert zunächst zu einer Prüfung seiner Berechtigung und deren rechtlicher Natur auf. Sodann macht die Frage der Gerichtsbarkeit in Ansehung dieser Erbschaftsliquidation eine rechtliche Untersuchung sowohl im Allgemeinen als auch mit Rücksicht auf besondere Vorschriften nothwendig. Endlich ist das Verhältniß der erbchaftlichen Liquidation zum Hauptstreite rechtlich zu würdigen. Es werden diese Fragen in nachfolgenden Abhandlungen besprochen werden.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Sind Eltern schuldig, ihren Kindern eine cautio usufructuaria zu leisten?

Vermöge Theilungs- und Nahrungsvertrages hatten die W. J.'schen Eheleute im Jahre 1847 ihr Grundvermögen an ihre Kinder abgetreten, und hierin bestimmt, daß eine dem Sohne Johann J. in seinen Vermögenstheil eingerechnete Mühle mit Zugehörungen diesem und seiner Ehefrau Eva lebenslänglich zur Wohnung und zum Nuzgenuß dienen, das Eigenthum der Mühle aber den damals noch minderjährigen zwei Töchtern des Johann und der Eva J., Kreszenz und Auguste J., gehören solle. Nach dem Tode des Johann J. setzte sich die inzwischen verheirathete Tochter Kreszenz und ihr Ehemann L. Sch. in den Besitz und Nuzgebrauch der Mühle. Die Mutter, Eva J. Wittwe, erhob hierauf im J. 1864 Klage gegen die L. Sch.'schen Eheleute und beantragte, dieselben für schuldig zu erkennen, ihr die Mühle zum Nuzgenuß einzuräumen.

Die Beklagten verweigerten die Ueberlassung der Mühle zum Nießbrauche, weil die Klägerin, als Nugnießerin, schuldig sei, vorerst Kaution für den Nuggenuß — *cautio usufructuaria* — zu stellen; und hiezu nicht einmal ein Anerbieten gemacht habe.

In den beiden Vorinstanzen wurde die Klage zur Zeit abgewiesen. Das Gericht I. Instanz motivirte seine Entscheidung durch die Erwägungen: a) die kaiserliche Landgerichtsordnung schreibe vor, daß in der Regel die Kinder von ihren Eltern bezüglich ihres Sondergutes, an welchen den Kindern die Proprietät, den Eltern aber der Nuggenuß zustehet, eine Sicherheitsleistung zu beanspruchen befugt seien (eine Stelle der kais. RGD., welche diese Vorschrift enthalte, wurde nicht angeführt); b) die aus der *patria potestas* entspringenden Rechte gingen in dem hier vorhandenen Falle auf die Mutter nicht über. Die Beklagten seien also berechtigt, der Klägerin das mit dem *ususfructus* belastete Objekt in so lange vorzuuenthalten, als sich dieselbe zu Errichtung der *cautio usufructuaria* nicht herbeigelassen habe.

Die Bestätigung dieses Erkenntnisses erfolgte in der II. Instanz unter Anführung des Grundes: nach dem Gesetze stehe dem Vater der Nießbrauch an dem Vermögen der noch in seiner Gewalt befindlichen Kinder zu; es bestehe aber keine Bestimmung, daß, wenn die Eltern aus irgend einem Grunde an dem Vermögen der nicht mehr in ihrer Gewalt befindlichen Kinder die Nugnießung haben, dieselben eine Sicherheit zu leisten nicht verpflichtet seien.

Oberstrichterlich wurde erkannt: die Beklagten seien schuldig, der Klägerin die Mühle sammt Zugehör zum Nuggenusse einzuräumen.

Zuerst wurde in den Gründen dargelegt, daß sich aus der kais. RGD. die Verbindlichkeit der

Eltern zu einer Cautionsleistung, wie sie die Beklagten von der Klägerin forderten, nicht nachweisen lasse, weil da, wo von dem Nießbrauchrechte der Eltern an dem Vermögen ihrer Kinder die Rede sei, — *Ed. III Tit. XXXIX §. 9 u. 10, Tit. CXVIII §. 5 und Erläuterungs-Bd. v. 22. Juli 1773 §. 3 (Ed.-Bdg.-Samml. Bd. III S. 150)* — nirgends den Eltern eine solche Verbindlichkeit auferlegt sei, und daß daher beim Mangel einer im Würzburger Landrechte vorhandenen speziellen gesetzlichen Vorschrift, durch welche die Streitfrage entschieden sei, zu ihrer Entscheidung auf das gemeine Recht zurückgegangen werden müsse¹⁾. Hieraus folgt:

1) Gemeinrechtlich ist in der Regel der Eigenthümer einer Sache berechtigt, von dem Nutznießer derselben eine Cautionsleistung zu verlangen, welche den doppelten Zweck hat, den Eigenthümer zu sichern, daß der Nutznießer die Sache ordnungsmäßig gebrauchen, sie so benützen wolle, wie ein guter Hauswirth mit seinen Sachen zu verfahren pflegt: *fr. 1 princ. u. §. 3 usufr. quemadm. cav. (7, 9)*, und dann, daß er die Sache nach Endigung seines Nutznießungsrechtes gehörig zurückgeben wolle, so wie sie nämlich durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden sei: *fr. 1 §. 6 l. c.* Vgl. Glück, *Komment. Bd. IX S. 470*; *Seuffert Pr. §. 169*; *Schwappes, röm. R. §. 297*.

Kraft des Gesetzes ist aber der Vater als Nutznießer der Adventitien seiner Hauskinder von der Cautionsleistung befreit: *const. 6 §. 2, const. 8 §. 4 de bonis, quae liberis (6, 61): paterna reverentia eum (patrem) excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis om-*

¹⁾ Von einer Sicherstellung des Vermögens der Kinder auf den Immobilien ihrer Eltern im Sinne des §. 12 Nr. 7 des Hyp.-Ges. war hier nicht die Rede; ihr Eigenthumsrecht konnte durch Eintragung in die öffentlichen Bücher genügend gesichert werden.

nibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur

Diese Ausnahmsbestimmung des gemeinen Rechtes ist auch in Particulargesetze aufgenommen worden. Vergl. Bayer. EN. Th. II Kap. IX §. 6 Nr. 2 und die Anmerkungen hiezu §. VI Nr. 2, wo beigefügt ist: *idque propter reverentiam patri debitam.*

Die angeführte Stelle des gemeinen Rechtes beweist, daß nicht die patria potestas der Grund ist, aus welchem der Vater von der Rechnungslegung, Kautionsleistung und von allem Anderen befreit ist, was nach dem näheren Inhalte der für Fälle dieser Art gegebenen Verordnung die Gesetze von anderen Nießbrauchern erfordern, sondern daß das Motiv in der Rücksicht auf die dem Nutznießer, als Vater, schuldige Ehrerbietung liegt. Das Anfordern einer Sicherheitsleistung setzt ein Mißtrauen voraus, der Nießbraucher werde die Sache nicht pflichtmäßig benützen, es hat deshalb das Gesetz verordnet, daß von solchen Personen keine Sicherheit dieser Art bestellt werden soll, von denen der Eigenthümer nicht zu befürchten hat, daß sie seine Sache pflichtwidrig benützen werden.

Abgesehen nun davon, daß das Würzburger Landrecht nicht einmal von väterlicher sondern von elterlicher Gewalt spricht, wo es sich um Vermögensrechte handelt: Thl. III Tit. XXXIX §. 8, 13 u. 15, so ist wohl außer Zweifel, daß die Kinder schuldig sind, ihrer Mutter dieselbe Verehrung (*reverentia*) zu erweisen, welche sie dem Vater zu bezeigen verpflichtet sind, da nach dessen Tod alle Rechte, welche die Vermögensverwaltung betreffen, auf die Mutter übergehen.

Diesem nach beruht der gesetzliche Befreiungsgrund nicht auf der dem Vater allein zustehenden patria potestas im römischrechtlichen Sinne, sondern auf dem durch die Natur begründeten gemein-

schastlichen Verhältnisse der Blutsverwandtschaft zwischen Eltern und Kindern und auf der den Eltern lebenslänglich von ihren Kindern zu erweisenden Verehrung.

Hiermit fallen die von den Gerichten I. und II. Instanz aus der patria potestas gezogenen Folgerungen von selbst als unbegründet hinweg. Es ist insbesondere der Umstand, ob die Kinder noch in väterlicher Gewalt und unabgetheilt sind oder nicht, auf das Rechtsverhältniß ohne Einfluß. Denn das Nießnießungsrecht, welches den Johann J.'schen Eheleuten an der Schloßmühle vertragsmäßig auf Lebensdauer eingeräumt worden ist, hört nicht mit dem Austritte ihrer Kinder aus der väterlichen Gewalt auf, daselbe dauert vielmehr nach dem Vertrage v. 13. Februar 1847 auch nach Erlöschung der väterlichen Gewalt so lange fort, als einer der Ehegatten noch am Leben ist. —

Unter Z. 2—5 wird sodann ausgeführt, daß aus dem Inhalte des so eben genannten Vertrages der Wille der Partiszenten hervorgehe, die Eheleute Johann und Eva J. von der Leistung einer Caution für die Nießnießung der Mühle zu befreien. Dann wird noch beigefügt:

6) Endlich finden bei den in Deutschland üblichen Gutsüberlassungen zum Zwecke der Alimentation und bei analogen Rechtsgeschäften, wie bei Einräumungen resp. Vorbehalten und Auszügen von Wohnungen, besonders unter Eltern und Kindern, die Vorschriften des römischen Rechtes über die cautio usufructuaria keine Anwendung. Seuffert, Archiv Bd. IX Nr. 197. Glück, Comment. Bd. XXV S. 328.

DAUERl. vom 17. Okt. 1865 Rr. 1092^{64/65}.
§*.

Nachschrift. Die Ausdehnung der Befreiung des Vaters von der cautio usufructuaria bezüglich der Adventitien der unter seiner Gewalt stehenden

Kinder auf die Eltern überhaupt scheint mir doch nach römischem Rechte sehr bedenklich. Gegenüber der allgemeinen Verbindlichkeit jedes Usufructuars, Kaution zu leisten, ist die Befreiung des Vaters als Nutznießers der Adventitien seiner Hauskinder von solcher Kaution eine Singularität, welche nicht wegen Gleichheit des Grundes des Gesetzes auf andere Fälle ausgedehnt werden darf.

Auch läßt sich trotz Justinian's Schönrednerei von der *reverentia* als gewiß ansehen, daß nicht diese, sondern die *patria potestas* der Grund der Befreiung von der Rechnungsstellung und Kaution ist. Offenbar hängt die Sache so zusammen, daß Justinian, indem er neben den *bona materna* noch andere Vermögenstheile dem Vater, welchem ja nach der Strenge des Rechtes das Hauskind Alles erwirbt, als *peculium (adventitium)* entzog, und ihn statt des Eigenthums an diesen Vermögenstheilen mit der bloßen Nutznießung an denselben abfand, ihm nicht auch noch die Lasten der Rechnungsstellung und Kaution auflegen wollte. Vgl. *Marezoll* in der *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. VIII S. 103 f., 393 ff. — Wenn aber die väterliche Gewalt Grund der gesetzlichen Bestimmung ist, so fällt deren Ausdehnung auf die Mutter und auf den Vater, der das Kind nicht mehr unter väterlicher Gewalt hat, von selbst weg.

Die Entscheidung des konkreten Falles bleibt deswegen doch richtig, da — abgesehen von dem unter Ziff. 6. angeführten Grunde — aus dem Vertrage, welcher den Nießbrauch konstituirte, der Wille der Paziszenten, den Nutznießer von der Kaution zu befreien, hervorging.

St.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Behandlung der Geschäfte bei den Handelsgerichten. — Werden unter „Kindern (liberi)“ nicht bloß Söhne und Töchter, sondern auch Enkel verstanden? — Ueber die Priorität der Bodenzusapitalien. — Die Abrede, daß neben dem Kaufpreise für Immobilien s. g. Strichkreuzer bezahlt werden sollen, ist ohne notarielle Beurkundung rechtswirksam. — Berichtigungen.

Ueber die Behandlung der Geschäfte bei den Handelsgerichten.

Mitgetheilt von Herrn Handelsappellationsgerichtsrath Dr. D. Freiherrn von Böldernborff.

Daß das Institut der Einzelrichter ein principiell mangelhaftes ist, daß Wohl und Wehe der Rechtsuchenden nicht von der Beurtheilung des Einzelnen abhängig sein sollte, sondern das Zusammenwirken und die gegenseitige Kontrolle Mehrerer allein eine genügende Rechtssicherheit zu bieten geeignet sind, ist wohl allgemein anerkannt. Es mag dahin gestellt bleiben, ob aus Rücksicht auf den Kostenpunkt absolut und unter jeder Prozeßgesetzgebung die kollegiale Aburtheilung aller Streitsachen eine Unmöglichkeit bleiben müsse; es ist auch hier nicht am Platze, die wohl ziemlich unbestrittene Thatsache zu beleuchten, daß jedenfalls unsere gegenwärtige Organisation die Befugnisse des Einzelrichteramtes weit über das Nothwendige und über das Zweckmäßige ausgedehnt hat; nur den Wunsch möchten wir aussprechen, daß die kollegiale Geschäftsbehandlung, wenigstens so viel nur immer möglich, aufrecht erhalten und nicht auch an den Kollegialgerichten aus Zeitersparniß und um der Geschäftserleichterung willen das Signateuwesen immer mehr überwuchere.

Neue Folge XI. Band.

Dieses ist um so mehr ein gerechtfertigter Wunsch, weil durch die Unmöglichkeit, die Aufgabe des Direktors eines größeren Bezirksgerichtes durch die Kraft eines Mannes vollkommen zu bewältigen, die Signatenkontrolle des Gerichtsvorstandes zur reinen Illusion wird.

Leider ist nun bei vielen Handelsgerichten eine, dem obigen Wunsche gerade entgegengesetzte Übung herrschend; die wichtigsten Verfügungen werden durch Signate erledigt, die kollegiale Berathung ist völlig in den Hintergrund gedrängt. Und doch ist dieses sicherlich die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen.

Art. 57 Abs. 2. des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Einführung des allg. deutschen Handelsgesetzbuches betr., verordnet:

„Die Beschlüsse der Handelsgerichte werden, soweit dieses Gesetz nicht für gewisse Gegenstände etwas Anderes bestimmt, in Senaten erlassen, welche mit drei rechtsgelehrten Richtern und mit zwei Beisitzern aus dem Kaufmannsstande besetzt sind.“

Hieraus folgt, daß als Regel der Geschäftsbehandlung bei den Handelsgerichten die kollegiale aufgestellt ist, daß solche Verfügungen, welche als Beschlüsse erscheinen, in der Sitzung des Gerichtes, nicht vom Einzelrichter, gefaßt werden sollen, und daß hievon nur diejenigen Beschlüsse ausgenommen sind, welche das Einführungsgesetz selbst aufzählt. Es sind diese (vgl. Luz, Kommentar zum a. d. Handelsgesetzbuch mit dem Einf.-Ges. in v. Dollmann's Gesetzgebung des RR. Bayern Th. I Bb. IV S. 163) nur die Fälle des Art. 9 Abs. 2 (Beschlüsse über Eintragungen im Handelsregister) und des Art. 70 Abs. 3 (mündliche Verhörsachen).

Es war niemals und konnte nicht die Absicht sein, den Handelsgerichten lediglich die Beweisinterlokute, Eidesprälokute und Definitivurtheile zu übertragen, die Fassung aller übrigen Beschlüsse aber

der einzelrichterlichen Thätigkeit zu überlassen. Dies ergibt sich sofort aus der Bestimmung des Art. 70 Abs. 4 des Einf.-Ges., in welcher die Berufung in Handelsfachen ganz allgemein an das Vorhandensein einer Beschwerdesumme von 150 fl. geknüpft ist.

Denur diese Bestimmung stützt sich auf das im Organisationsgesetze durchgeführte Prinzip, daß bei Kollegialgerichten eine Berufung nur im Falle, wenn die Beschwerdesumme 150 fl. beträgt, zulässig sein sollte; daß also, sofern diese Beschränkung der Rechtsmittel eintritt, auch eine wirkliche kollegiale Berathung und Beschlußfassung vorausgegangen sein muß. Andernfalls wäre es eine absolute Abnormität, das Gericht zweiter Instanz aus sieben Richtern für eine Sache zusammenzusetzen, welche in erster Instanz einfach durch ein einzelrichterliches Signat abgemacht wurde.

Man beruft sich zur Vertheidigung des einzelrichterlichen Verfahrens im Gebiete des bayerischen Rechtes auf die Vorschrift des Kap. VIII §. 1 der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung v. 1785, wodurch der Wechsel- und Merkantilrichter angewiesen wird, wenn die Sache förmlich instruiert ist, mit Zugiehung der Beisitzer die rechtliche Entscheidung zu erlassen, und folgert daraus mittelst des argumentum a contrario, daß die während der Instruktion zu erlassenden Entscheidungen ohne Beisitzer zu treffen seien. Allein der wahre Sinn jener Bestimmung ist lediglich der, daß das Erkenntniß nicht früher als nach gehöriger Instruktion zu erlassen sei; daß eine Sentenz nicht ohne Erhebung und Feststellung des Sachverhaltes gefällt werden solle. Kömmt es daher auf die Entscheidung eines Zwischenpunktes an, so hat es sich nur darum zu fragen: ob dieser Zwischenpunkt förmlich instruiert sei, — nicht: ob der Prozeß im Ganzen durchverhandelt ist. Wird eine Klage gestellt und es geht aus der

selben hervor, daß die Zuständigkeit der Handelsgerichte nicht begründet ist, so ist die Instruktion dieser Sache mit der Verfügung: „zur Sitzung“ beendet; eine weitere Verhandlung ist nicht nöthig, der Fall des Kap. VIII §. 1 ist gegeben; ebenso kommt es, wenn ein Arrest begehrt wird, lediglich darauf an, ob die hierauf bezüglichen Verhandlungen gepflogen sind; ist dieß der Fall, so ist die Arrestsache förmlich instruiert; u. s. w.

Daß der §. 1 des Kap. VIII nicht anders zu verstehen ist, ergibt sich klar und deutlich aus Kap. I §. 7. Es handelt sich hier um die Verhängung eines provisorischen Arrestes auf einseitigen Antrag des Gläubigers; also sicherlich um einen Fall, welcher nicht die Entscheidung eines instruirten Rechtsstreites im engeren Sinne betrifft. Dennoch ordnet die W.- und M.-Gerichtsordnung die kollegiale Beschlußfassung an, und läßt nur ausnahmsweise wegen Gefahr auf Verzug die einzelrichterliche Erledigung zu.

Sollte übrigens noch ein Zweifel bestehen können, so wird dieser vollkommen gehoben durch die im Regierungsblatte (S. 733) verkündete Verordnung vom 30. Mai 1811, in welcher es ausdrücklich heißt:

„Die Geschäfte des Wechsel- und Merkantilerichtes I. Instanz zu München werden in kollegialer Form, wie bei Unseren Stadtgerichten, behandelt“.

Dieselbe Vorschrift ist bei Einführung der W.- und M.G.O. v. 1785 für Wechselfachen in den übrigen Kreisen und bei Errichtung der Wechselgerichte im Obermain-, Rezats-, Untermain- und Oberdonaukreise, dann des Wechsel- und Merkantilerichtes in Regensburg, erlassen worden.

Hiedurch ist also die Anwendbarkeit der bei den Kollegialgerichten allgemein angeordneten Geschäfts-

behandlung für die Handelsgerichte unzweifelhaft vorgeschrieben; Verfügungen, welche bei den vormaligen Kreis- und Stadtgerichten durch die Sitzung gehen mußten, müssen auch bei den Handelsgerichten so behandelt werden.

Erwägt man endlich die Idee, welche der Errichtung der Handelsgerichte zu Grunde lag, und welche offenbar in der Beziehung eines volksthümlichen Elementes zu dieser Rechtspflege besteht: so ist es geradezu als eine Verkümmernng dieses Institutes anzusehen, wenn z. B. bei Entscheidung über die Abweisung einer Klage wegen mangelnder Kompetenz, über Zulassung oder Ausschließung dieser oder jener Exekutionsart, insbesondere der Personalhaft, bei Beurtheilung der Fragen über das Begründetsein eines Arrestgesuches, über das Vorhandensein von Restitutionsgründen u. s. w. der Einfluß des nichtrechtsgelehrten Elementes beseitigt wird.

Die angebliche Ueberlastung der technischen Beisitzer ist kein zur Rechtfertigung der gerügten Praxis genügender Grund; Städte, in denen Handelsgerichte überhaupt am Plage sind, haben Kaufleute und Fabrikanten genug, um das Gericht mit der gehörigen Zahl technischer Beisitzer zu besetzen; wo dieß nicht möglich wäre, müßte eben das Handelsgericht aufgehoben und der Bezirk mit einem anderen vereinigt werden.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Werden unter Kindern (liberi) nicht blos Söhne und Töchter, sondern auch Enkel verstanden?

Zu dem oberstrichterlichen Erkenntniß v. 19. Mai 1865 Reg.-Nr. 577⁶⁴/₆₅ (Bl. f. RA. Bd. XXX

§. 367), in welchem angenommen wurde, daß in testamentarischen Verfügungen der Ausdruck „Kinder“ alle Descendenten in sich begreife, wird ein älteres nachgetragen, welches in Anwendung der fränkischen Landgerichts-Ordnung erlassen worden ist. Wir schicken demselben die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses der zweiten Instanz voraus.

I. In dem die Grundlage des gemeinen Rechtes bildenden römischen Rechte ist es allgemeiner Grundsatz, daß das Wort *liberi* nicht bloß die Söhne und Töchter, sondern auch die Enkel, überhaupt alle Nachkommen, bezeichnet und nicht bloß die in der väterlichen Gewalt befindlichen, die *sui*, wie die Appellanten glauben, sondern auch die aus der väterlichen Gewalt getretenen und selbst die Nachkommen von Töchtern, welche sich nie in der Gewalt des Großvaters befunden haben (l. 56 §. 1, l. 220 pr. Dig. de verb. sign. (50, 16)).

Dieser allgemeine Grundsatz findet sich in einer Menge von Anwendungen wiederholt, und zwar

- 1) bei der Auslegung von Gesetzen: Tit. Dig. si tabulae nullae (38, 6), l. 1, §. 1 Dig. de leg. praest. (37, 5); — bei der Excusation von der Tutel propter liberos, l. 2, §. 7 Dig. de excusat. (27, 1); — bei dem Vorrechte der *liberi* bezüglich der Erfüllung einer Pollizitation, welches auch den Enkeln und zwar auch denen von Töchtern zugestanden wird, l. 14, 15 Dig. de pollicit. (50, 12);
- 2) bei der Auslegung von Verträgen, l. 48 Dig. soluto matrim. (24, 3);
- 3) bei der Auslegung letztwilliger Bestimmungen, namentlich:
 - a) wenn jemand im Testamente seinen *liberis* Vormäander gibt, so gilt dieses auch für die Enkel, §. 5 J. qui test. tut. (1, 14);
 - b) wenn eine letztwillige Verfügung an die Be-

dingung geknüpft wird, daß Jemand sine liberis sterben werde, so gilt die Bedingung als weggefallen, wenn der Bezeichnete Enkel hinterläßt, gleichviel ob von einem Sohne oder von einer Tochter, l. 220 §. 2 Dig. de verb. sign., l. 1 Cod. de cond. insert. (6, 46), l. 6 pr. §. 2 Cod. ad SC. Trebell. (6, 49);

- 4) in dem allgemeinen technischen Sprachgebrauche, wie z. B. in folgenden Ausdrücken: propioris gradus liberi, l. 1, §. 1 Dig. de legatis praest. (37, 5), l. 11 de quaestione (9, 41); oder: parentum liberorumque personas semper duplicari, l. 3 §. 2 Dig. de gradibus (38, 10); — oder: parentum liberorumque loco haberi, l. 4 §. 7 Dig. eod.

II. An diesen Grundsätzen des r. R. hat das kanonische Recht nichts geändert und es steht auch ihrer Anwendung im heutigen Rechte nichts entgegen. Zwar sind die römischen Grundsätze über die rechtliche Bedeutung gewisser lateinischer Worte nur insoweit noch jetzt anwendbar, als die deutsche Sprache Worte hat, welche jenen lateinischen genau entsprechen. Dieses ist aber hier der Fall und zwar nicht bloß bezüglich des Wortes liber, sondern bezüglich aller hier etwa in Frage kommenden verwandten Begriffe und Ausdrücke. Für das Verhältniß der Abstammung hat die lateinische Sprache die allgemeinen Ausdrücke descendentes oder liberi und die besonderen filius, filia, nepos, neptis etc.; diesen genau entsprechend sind die deutschen Ausdrücke: Nachkommen und Kinder als allgemeine, und: Sohn, Tochter, Enkel, Enkelin etc. als besondere Bezeichnungen, und demgemäß haben von jeher alle Sprachlehren und Wörterbücher die Worte liber und Kind für identisch genommen. Allerdings wird das Wort „Kinder“ im gewöhnlichen Leben in engerer Bedeutung nur auf die Söhne und Töchter

bezogen; aber gerade dasselbe war bei dem lateinischen *liberi* der Fall und gerade dieser Umstand hat die oben erörterte Rechtsregel über die im Zweifel dennoch anzunehmende weitere Bedeutung von *liberi* hervorgerufen; er kann mithin die Anwendung dieser Regel auf das Wort „Kinder“ im heutigen Rechte nicht ausschließen, sondern begründet und bedingt sie vielmehr.

In einem mit dem hier in Frage stehenden fast ganz gleichen Falle eines Vermächtnisses ist von der Fakultät zu Halle erkannt worden, daß das Wort „Kinder“ auch die Enkel begreife. (Klein, merkw. Rechtsprüche der Halle'schen Juristen-Fakultät. Berlin 1796, Bd. I Nr. 6 S. 56 u. f.)

III. Die bisher entwickelten Grundsätze werden auch von den bewährtesten Rechtslehrern anerkannt ¹⁾ und durch die Ausnahmen, welche sie für einzelne Fälle machen, bestätigt. Eine solche Ausnahme liegt z. B. in der Vorschrift der Nov. 159 (Mühlenbruch, Lehrb. §. 726; Thibaut, System §. 923) und in der Natur der Privilegien (Glück, Kommentar. Bd. I S. 569).

IV. Von der Regel des gemeinen Rechtes weicht aber auch die fränkische Landgerichtsordnung hier nicht ab. Zwar finden sich in den Titeln derselben, welche von der Ernennung von Vormündern, vom Pflichttheile und Notherbrechte, von der Pupillarsubstitution und Einkindschaftung, dann vom Intestaterbrechte handeln, sehr viele Stellen, in welchen die Ausdrücke „Kinder und Dichter“ (Kinder und Enkel) nebeneinanderstehen, so daß das Wort „Kinder“ nur die Nachkommen

¹⁾ Glück, Kommentar Bd. II S. 314, Bd. V S. 228 Not. 77, Bd. XXIX S. 243; Schweppe, r. PR. §. 640.

des ersten Grades bezeichnet, z. B. Tit. III §. 1 u. 2; Tit. IV §. 3 u. 7; Tit. XXX; Tit. XXXI §. 1—3, 7—10; Tit. XLV §. 1—6, 8; Tit. XLVIII §. 2; Tit. XLIX §. 1—6; Tit. LXXIX §. 1; Tit. LXXXIV §. 2—7; Tit. CXIX §. 2; Tit. XXXV §. 1, 3; Tit. XXXVI §. 1, 2, 3, 4; Tit. L; Tit. LI; Tit. LXXXVI §. 3.

Allein daneben finden sich wieder eben so viele Stellen, in welchen nur im Allgemeinen von Eltern und Kindern geredet wird und deren Inhalt doch unbestreitbar auf alle Ascendenten und Descendenten sich bezieht, z. B. Tit. II §. 2; Tit. III §. 3; Tit. IV §. 1, 2, 4—6; Tit. XXIX §. 1, 2; Tit. XXXI §. 4, 7, 11, 13, 14; Tit. XLV §. 7; Tit. XLVIII §. 1, 3; Tit. LXXIV §. 1; Tit. LXXXVI §. 1; Tit. CVII §. 4.

Besonders wichtig aber erscheinen diejenigen Stellen, in welchen die Ascendenten mit ihren verschiedenen Namen aufgezählt werden: Vater, Mutter, Anherr, Anfrau, und dennoch die Descendenten ihnen gegenüber nur im Allgemeinen „Kinder“ genannt werden, ohne daß sich der Beisatz „Tichter“ findet, z. B. Tit. XLVIII §. 1; Tit. XXXIII §. 1 und Tit. VIII §. 6 und 13.

Dagegen findet sich in der f. ErbOdg. nur eine einzige Stelle, in welcher der Ausdruck „Kinder“ nicht auf die Enkel erstreckt werden darf: Tit. LXXXVI §. 1, wo bestimmt ist, daß neben den Geschwistern auch deren Kinder erben. Hier sind die Enkel nach der Bestimmung des gemeinen Rechtes, an welches sich die f. ErbOdg. anreihet, ausgeschlossen; allein wie wenig diese Stelle gegen den oben aus so vielen anderen nachgewiesenen Sprachgebrauch entscheiden kann, geht aus dem Umstände hervor, daß in ihr selbst im Eingange die Worte „Kinder“ und Eltern allgemein für alle Descendenten und Ascendenten gebraucht sind.

In den Gründen des bestätigenden oberstrichterlichen Erkenntnisses ist dann gesagt:

- 1) In den Motiven zu dem Erkenntnisse der vorigen Instanz ist zur Genüge erörtert, daß nach römischem Rechte das Wort *liberi* auch Nachkommen der entfernteren Grade bezeichnet.
- 2) Die Interpretationsregel des r. R. in Deutschland da, wo das gemeine Recht gilt, zu verlassen, ist um so weniger ein Grund gegeben, als sie weder auf einem eigenthümlichen römischen Familien-Verhältnisse noch auf einer besondern römischen Ausdrucksweise beruht, wie denn das Wort „Kinder“ in seiner weiteren Bedeutung auch das Verhältniß der Erzeugten in Bezug auf die entfernteren Stammeltern umfaßt (Adelung, Wörterbuch der hochd. Sprache Bd. II S. 1573), und die in deutscher Sprache verfaßten Gesetzbücher dieselbe Interpretationsregel theils mit gleichem, theils mit beschränkterem, Umfange aufstellen: Bayer. R. Th. I Kap. IV §. 3 Nr. 4; Preuß. R. Th. I Tit. I §. 40, Tit. XII §. 526 u. Th. II Tit. VIII §. 1972; Oesterreichisches Civilgesetzb. §. 42, 684.

Die deutschen obersten Gerichtshöfe haben auch diese Interpretationsregel fortwährend angewendet (Canngiesser, Dec. supr. trib. Hasso-Cass. T. XII Dec. 320 p. 73; Gottschalk, Discept. for. T. III Cap. 4).

- 3) Daß in dem Sprachgebrauche der fränkischen VbGOrd. kein Grund liegt, die mehrgedachte Interpretationsregel nicht anzuwenden, hat die vorige Instanz zur Genüge erörtert.
- 4) Eine entgegenstehende Willensmeinung des Disponenten²⁾ könnte nur insoferne in Betracht

²⁾ In einem jeden einzelnen zweifelhaften Falle wird

kommen, als sie klar erwiesen zu werden vermöchte, 1. 1 Cod. de cond. insert. (6, 46); für eine Willensmeinung der Art haben aber die Revidenten irgend einen Behelf nicht beigebracht³⁾.

Das. Erf. vom 10. Juni 1844 Nr. 860^{42/43}.
§*.

2.

Ueber die Priorität der Bodenzinskapitalien.

In einem Konkurse hatte der k. Fiskus 464 fl. 3¹/₄ fr. Bodenzinskapital angemeldet. Dasselbe

nach gemeinem Rechte bei Beantwortung der Frage: ob der deutsche Ausdruck „Kinder“ nur von Kindern ersten Grades — von Söhnen und Töchtern — oder von allen Verwandten in absteigender Linie zu verstehen sei, von einer genauen Erwägung der besonderen Umstände und Verhältnisse, unter welchen das Wort „Kinder“ bei dem Rechtsgeschäfte gebraucht wurde, nicht wohl Umgang genommen werden können, um die wahre Absicht und Willensmeinung des Disponenten zu ermitteln. (Vgl. Seuffert, Archiv Bd. IV Nr. 133, Bd. IX Nr. 180 und Seite 320, Bd. XIII Nr. 103, Bd. XII Nr. 242 S. 320.)

- ³⁾ Dieselben Gründe kamen in einem Das. Erf. vom 10. März 1855 (Reg.-Nr. 563^{52/53}) in Anwendung. Der im Jahre 1849 verstorbene Erblasser A. hatte in seinem am 25. Nov. 1823 errichteten Testamente seine Brüder- und Schwester-Kinder zu Erben eingesetzt. Von einer verlebten Schwester M. war ein Sohn J. S. im Jahre 1846 mit Hinterlassung dreier Kinder gestorben. Der Streit betraf die Frage: ob diese drei Kinder (die Enkel der Schwester M. des Erblassers A.) als erbberechtigt anzusehen seien. Es wurde ihnen das Erbrecht zuerkannt. In den Gründen wurde zugleich aus den von dem Erblasser getroffenen Verfügungen dargelegt, daß der Wille des

war am 21. Nov. 1856 als von der Ablösungskasse übernommenes Aequivalent des früheren Obereigenthumes der Gutsherrschaft an dem betreffenden Gute in die I. Rubrik des Hypothekenfoliums eingetragen, zugleich aber auch später am 17. Nov. 1863 in dessen III. Rubrik vorgemerkt worden. Deshalb beantragte der fgl. Fiskus primär Lokation jenes Bodenzinskapitales in die I., eventuell in die III. Klasse.

Von einem Gläubiger wurde die Priorität des Bodenzinskapitales zur I. Klasse bestritten, weil dasselbe nur eine persönliche Schuld des Erbbers und in Folge der Konsolidation des Eigenthums des betreffenden Gutes in der Person des Grundholden gemäß Art. 16 des Grundlastenablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 die Grundbarkeit jenes Gutes erloschen, auch durch die Vormerkung des Bodenzinskapitales in der III. Rubrik des Hypothekenfoliums auf das Vorrecht zur I. Klasse verzichtet worden sei.

Die beiden Vorinstanzen hatten das fiskalische Bodenzinskapital ohne Berücksichtigung des Art. 29 Abs. 2 jenes Gesetzes in die I. Klasse lozirt und auf erhobene Beschwerde beließ es der oberste Gerichtshof bei dieser Lokation aus folgenden Gründen:

1) Ein Bodenzinskapital ist zufolge Art. 15 Abs. 1 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 ein Bestandtheil des Aequivalentes für das Obereigenthum und das Recht der Erhebung des Laudemiums, dieses Recht selbst aber schon an sich dinglicher Natur, wenn gleich die einzelne Leistung des Handlohns eine persönliche Verbindlichkeit — eine Schuld — des Acquirenten des Gutes

Testirers sich durch dieselben unzweifelhaft dahin kund gegeben habe, daß da, wo nicht ausdrücklich eine Ausnahme im Testamente gemacht worden sei, alle Abkömmlinge seiner Brüder und Schwestern an dem Nachlasse Theil nehmen sollten.

ist (Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts Bd. 3 S. 103; Bluntschli, deutsches Privatrecht II. Aufl. S. 297 §. 108 Nr. 1).

Das Bodenzinskapital wird auch zufolge Abs. 2 und 3 jenes Art. 15 erst mit der nächsten Besitzänderung fällig und bleibt bis dahin auf dem pflichtigen Grundstücke liegen, steht sonach mit solchem bis zu seiner Fälligkeit fortdauernd im Zusammenhange.

Demnach bildet ein Bodenzinskapital seiner rechtlichen Natur nach keineswegs nur eine persönliche Schuld des Kreditars.

2) Das fragliche fiskalische Bodenzinskapital ist in der 1. Rubrik des Hypothekensollums eingetragen, hiernach aber gemäß §. 22 Nr. 5 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 und der Ministerial-Entschlüssen vom 22. Okt. 1832 und 12. Febr. 1834 (Döllinger's Verordnungen-Sammlung Bd. V S. 355 §. 48 und S. 363 §. 52 Nr. 6) als eine Reallast in das Hypothekenbuch eingetragen.

3) Dasselbe ist ein Surrogat für die frühere Handlohnberechtigung (Bözl in Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern Th. I Bd. I S. 211 Nr. 7), sonach findet darauf schon die allgemeine Rechtsregel Anwendung: „surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est.“

Damit stellt sich aber der gegen die dingliche Natur des Bodenzinskapitals geltend gemachte Umstand, daß nach Art. 16 des angezogenen Gesetzes mit der Fixirung der Besitzänderungs-Abgaben sich das Eigenthum in der Person des Grundholden konsolidirt, in jener Beziehung als unerheblich dar.

4) Jene allgemeine Rechtsregel ist auch im Art. 29 Abs. 2 dieses Gesetzes ausdrücklich adoptirt, indem dasselbe dort bestimmt, daß solche Bodenzinskapitalien dieselben Vorrechte des Hypothekengesetzes

und der Prioritätsordnung genießen, welche die Grundrenten, an deren Stelle sie treten, bisher genossen haben, und hat diese Bestimmung nicht allein Bezug auf den vorausgehenden ersten Absatz desselben Artikels, sondern auch für die Bodenzinskapitalien der Ablösungskasse Geltung; denn nach Inhalt der Verhandlungen der Kammern der Ständeverversammlung setzten dieselben diesen ersten Absatz nur zu dem Zwecke bei, um zwischen den Grundholden, deren Grundrenten nicht von der Ablösungskasse übernommen sind, und denen, deren Grundrenten von derselben übernommen werden, die Gleichheit herzustellen; es muß daher aus demselben Grundsatz angenommen werden, daß die Kammern die in jener Bestimmung des zweiten Absatzes den Bodenzinskapitalien gegebenen Vorrechte auch denen der Ablösungskasse zugestehen und nicht im Widerspruche mit dem bemerkten Grunde des ersten Absatzes eine Ungleichheit zwischen den Berechtigten in jenem zweiten Absatz statuiren wollten, während doch bezüglich der Ertheilung dieser Vorrechte derselbe Grund bei der Ablösungskasse wie bei den übrigen Berechtigten besteht (Verhandl. der K. d. Abgeordneten von 1848 Bd. 4 S. 386, 387; Bd. 6 S. 179; Bd. 7 S. 196 und Beil. Bd. 2 S. 379; Verhandl. der K. d. Reichsräthe von 1848 Bd. 3 S. 282 und Beil. Bd. 3 S. 46, 70; Pözl a. a. O. S. 239 Nr. 3).

5) Durch die Vormerkung des fiskalischen Bodenzinskapitales in der III. Rubrik des Hypothekenbuchs wurde das demselben vermöge seines Eintrages in der I. Rubrik für den Fall einer Contingenz zustehende Vorzugsrecht zur I. Klasse keineswegs aufgegeben, da dieses ausdrücklich hätte erklärt werden müssen (l. ult. Cod. de novat. VIII, 42), sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß mit jener Vormerkung des Bodenzinskapitales in der

III. Rubrik dessen Sicherung nur für den Fall beabsichtigt wurde, daß für dasselbe bei Eröffnung der Gant der zur Lokation in die I. Klasse nach §. 12 Nr. 7 der Prioritätsordnung erforderliche Zeitraum verfließen sollte.

DAÖGr. v. 27. Dez. 1865 RNr. 997⁶⁴/₆₅.
Wfd.

3.

Die Abrede, daß neben dem Kaufpreise für Immobilien f. g. Strichkreuzer bezahlt werden sollen, ist ohne notarielle Beurkundung rechtsunwirksam.

Bei einem Kaufvertrage über Grundstücke sollte verabredet worden sein, daß vom Käufer zur Deckung gewisser Auslagen von jedem Gulden des Kaufschillings 2 fr., f. g. Strichkreuzer, an den Verkäufer zu zahlen seien, es war aber diese Abrede notariell nicht mitbeurkundet worden.

Das Berufen des Verkäufers auf diese Abrede blieb erfolglos, und lassen sich die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe hierüber also aus:

Laut des Notariatsgesetzes Art. 14 können Immobilienverkäufe nur mittelst notarieller Verbriefung gültig abgeschlossen werden.

Die Form der Beurkundung gehört hier zum Wesen des Vertrages, und es ist von Rechts wegen Alles nicht ernstlich gemeint, als bloßes Projekt zu betrachten, was nicht in den notariellen Akt aufgenommen wurde.

Dieses Prinzip erstreckt sich nothwendig über den Vertrag im Ganzen und trifft alle Nebenverabredungen irgend einer Art, insoferne sie zum Vertrage gehören und mit demselben ein Ganzes bilden.

Die Verabredung bei einem Kaufe oder einer Versteigerung, daß neben dem Preise noch f. g. Strichkreuzer (zur Deckung gewisser Auslagen) vom

Käufer an den Verkäufer zu zahlen seien, bildet nun offenbar einen untrennbaren Bestandtheil des Kaufvertrages, die Strichkreuzer sind Theile des Kaufpreises.

So wenig der Kaufpreis überhaupt, ebenso wenig kann auch ein Theil desselben, sei er noch so klein, durch mündliche Verabredung neben dem Notariatsakte und in Ergänzung desselben bestimmt werden.

Auch die Behauptung, daß es Uebung sei, solche Strichkreuzer zu zahlen, erscheint ohne Belang, da einer solchen dem Laute des Notariatsaktes derogirenden Uebung ebensowenig rechtlicher Werth beigemessen werden könnte, als einer ausdrücklichen mündlichen Verabredung.

DAÖGrf. v. 12. Dez. 1865 RNr. 110^{65/66}.

G....r.

Verichtigungen.

Bd. XXX S. 416 unten vor der Schiffe: §* ist die Bezeichnung des oberstrichterlichen Erkenntnisses:

„DAÖGrf. v. 23. Jan. 1865 RNr. 307^{64/65}“
zuzusetzen.

In alphabetischen Register zu Bd. XXX S. X sind drei Zeilen falsch eingesetzt. Die Zeilen 26—35 v. o. daselbst sollen lauten:

„Kompetenz bezüglich der Interventionsklage, durch welche vom Intervenienden das Eigenthum der im Exekutionswege gepfändeten Mobilien in Anspruch genommen wird	389
Kompetenz in einem Interventionsprozeß, durch welchen das Eigenthum der für eine Wechselforderung gepfändeten Mobilien von einem im Wechselprozeß nicht betheiligten Dritten in Anspruch genommen wird	68
Kompetenz zur Erlassung eines Rückkehrbefehles nach preuß. Landrechte in einem Prozeß protestantischer Eheleute	100
Desselben Betreffes	134.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ist bei der Subhastation unbeweglicher Güter der Meistbietende berechtigt, von dem Kaufe zurückzutreten, wenn das Gericht die Zustellung des Zuschlagsdekretes binnen vierzehn Tagen unterläßt? — Nach bayerischem Rechte kann der Legatar den vom Erben während des Schwebens der Bedingung veräußerten Gegenstand vom dritten Besitzer nicht vindiziren. — Zuständigkeit der Appellationsgerichte in Vormundschaftssachen standesherrlicher Familienglieder. — Der dritte Besitzer eines Immobiles haftet für die Hypotheken, wenn er auch noch nicht als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen ist. — Bürgschaft der „schlechten Bürger und Bauern“ nach bayerischem Rechte. — Ueber die Beweiskraft strafgerichtlicher Urtheile, welche den Angeklagten eines geringeren Reates, als worauf die Anklage lautete, für schuldig erkennen, im nachfolgenden Civilprozeß. — Das Versprechen, für den Verzicht auf eine persönliche Gewerbesteuer eine Geldsumme zu zahlen, erzeugt eine klagbare Verbindlichkeit.

Ist bei der Subhastation unbeweglicher Güter der Meistbietende berechtigt, von dem Kaufe zurückzutreten, wenn das Gericht die Zustellung des Zuschlagsdekretes binnen vierzehn Tagen unterläßt?

Die Mehrzahl der Schriftsteller über das Prozeßgesetz vom 17. November 1837 und über den bayerischen Civilprozeß nach diesem Gesetze erwähnt als Folge der über 14 Tage verzögerten Zustellung des f. g. Adjudikationsbescheides nur die im §. 102 Abs. 2 des Gesetzes dem Richter angedrohte Strafe von 10—50 fl., ohne sich dabei über die oben aufgeworfene Frage auszusprechen.

Seuffert sagt in beiden Auflagen seines Kommentars üb. d. bayer. GO. (I. Aufl. Bd. IV S. 280; II. Aufl. Bd. IV S. 332) nach Anführung des Inhaltes des §. 102 Abs. 2: „Verstreichen die 14 Tage ohne Zustellung des Zuschlagsdekretes, so ist der Steigerer an sein Meistgebot nicht mehr gebunden“, — und zitiert (in Note 66) hierzu: „Verhandlungen der Kammer der Abg. von 1837 S. 374—5.“

Es liegt uns nun eine Abhandlung des Herrn Mitarbeiters — in vor, worin derselbe diese Ansicht Seuffert's widerlegt. Da wir, bis sicherer als jetzt zu erkennen sein wird, ob das in Verathung befindliche Civilprozeßgesetz zu Stande kommt, oder ein anderes erst in späterer Zukunft zu erwarten ist, die ausführlichere Besprechung prozeßualler Kontroversen vermeiden, so geben wir in Nachstehendem nur einen möglichst gedrängten Auszug aus jener Abhandlung, obgleich wir ihr im Wesentlichen vollkommen beistimmen.

Das Recht zum Rücktritte von dem gelegten Meistgebote versteht sich nicht von selbst. Durch den Zuschlag, welcher nach §. 102 Abs. 1 des Ges. sogleich bei der Versteigerung erfolgen soll, wird der Steigerer an sein Meistgebot gebunden. Der einseitige Rücktritt des Meistbietenden von dem durch den Zuschlag perfekt gewordenen Kaufe müßte vom Gesetze besonders gestattet sein. Dieses enthält aber von einer solchen Befugniß nichts, bedroht vielmehr den mit der Zustellung des Zuschlagsdekretes säumigen Richter lediglich mit einer Ordnungsstrafe. — Allerdings war in §. 102 des Entwurfes des Prozeßgesetzes die Vorschrift beabsichtigt, daß der Meistbietende nach Ablauf von 14 Tagen, vom Tage der Versteigerung an gerechnet, an sein Meistgebot nicht mehr gebunden sein solle. Beide Kammern verworfen aber diesen Vorschlag und ersetzten ihn durch die jetzt den §. 102 des Gesetzes bildenden Bestimmungen. —

Wir haben diesem Auszuge wenig beizufügen. Die Ansicht Seuffert's — er selbst würde sie ohne Zweifel als irrig anerkannt haben, wenn er darauf aufmerksam gemacht worden wäre, — erklärt sich daraus, daß einige Sätze der bei Verathung des Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten

ten von Dr. Briegleb gemachten Aeußerung¹⁾ so gedeutet werden können, als ob es bei dem §. 102 des Entwurfes habe belassen und nur noch die Ordnungsstrafe habe hinzugefügt werden wollen. — Allein wenn man die Verhandlungen beider Kammern genauer prüft, so muß man sich bald vollkommen überzeugen, daß der §. 102 des Entwurfes entschieden verworfen, der Meistbietende durch den Zuschlag bei der Versteigerung an sein Meistgebot ohne Zeitbeschränkung gebunden und daß er gegen die ihn bei verspäteter Zustellung des Zuschlagsbefreies bedrohenden Nachtheile nur durch den jetzigen Abs. 2 des §. 102 des Gesetzes geschützt werden wollte²⁾.

1) Verh. d. R. d. Abg. v. 1837, Prot.-Bd. X S. 375 Alinea 1 u. 2.

2) Wir verweisen insbesondere: a) auf den Vortrag des Ausschufres. d. R. d. Abg. zu §. 102 d. Entw., wo (a. a. D. Beil.-Bd. VI S. 314) derselbe vorschlägt, den Zuschlag sogleich zu ertheilen, um den Bieter an sein Gebot zu binden; b) auf die Fassung des Ausschufsprotokolles (a. a. D. S. 420), wo der jetzige Abs. 2 des §. 102 „statt“ des entsprechenden §. des Entwurfes angenommen wird; c) auf die Aeußerung Briegleb's selbst (am oben Note 1 angef. D. S. 374 unten und S. 375 oben), wo die Bestimmung des Entwurfes als schädlich bezeichnet wird; d) auf die Aeußerung des Regierungskommissärs (a. a. D. S. 375 und 376), welcher sich so ausspricht, wie er sich gar nicht hätte aussprechen können, wenn der Rücktritt vom Meistgebote neben der Ordnungsstrafe für das Gericht hätte beibehalten werden wollen; e) auf die Fassung des Kammerbeschlusses (a. a. D. S. 376), wonach der Antrag des Ausschufes angenommen wurde, der §. 102 des Entwurfes aber hinwegfallen soll; f) auf das Referat und Gutachten des Ausschufres. d. R. der Reichsräthe zu §. 102 (Verh. d. R. d. Reichsr. v. 1837 Beil.-Bd. I S. 318—321), woraus (s. insbes. S. 320 lit. a)

Unsere Ansicht über die besprochene Frage theilen:

Dr. G. von Bayer in dem lithographirten Kollegienhefte über den bayer. Civilprozeß S. 214 u. 215 des Abschn. ü. d. Exekutionsverfahren, wo die Ansicht ebenfalls durch die Entstehungsgeschichte des jetzigen §. 102 der Prozeßnovelle begründet wird;

Dr. J. Blochmann, Einleit. in den bayer. Civilprozeß S. 322, 323 ohne Motivirung.

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Nach bayerischem Rechte kann der Legatar den vom Erben während des Schwebens der Bedingung veräußerten Gegenstand vom dritten Besitzer nicht vindigiren.

Nach gemeinem Rechte, Const. 3 §. 2—4 (6, 43), kann der Legatar die vom Erben während des Schwebens der Bedingung vorgenommene Veräußerung der vermachten Sache auch gegenüber dem dritten Besitzer anfechten und diese letztere vindigiren, obschon bei einem bedingten Legate das Recht hierauf erst mit dem Eintritte der Bedingung wirksam wird, er sonach erst in diesem Zeitpunkte das Eigenthum der legirten Sache erwirbt: fr. 5 §. 2, fr. 21 pr. (36, 2); Const. un. §. 7 (6, 51), —

hervorgeht, daß der jetzige Abs. 1 des §. 102 gerade zu dem Zwecke proponirt wurde, um den Meistbietenden auch nach Ablauf der 14 Tage noch an sein Gebot zu binden; g) auf den Beschluß der R. d. Reichsräthe (a. a. O. Prot.-Bd. III S. 174 unten), dessen Fassung auch dahin geht, dem §. 102 des Entwurfes die Zustimmung zu versagen.

obchon ferner bei Legaten die Wirkungen des Eintrittes der Bedingung nicht auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückbezogen werden, fr. 42 princ. (44, 7), — obchon endlich die Vindikation nur von dem Eigenthümer angestellt werden kann, der Legatar aber während des Schwebens der Bedingung, also zur Zeit der erfolgten Veräußerung, noch gar nicht Eigenthümer war, sondern das Eigenthum erst beim Eintritte der Bedingung erwirbt, zu dieser letzteren Zeit aber der Dritte die Sache bereits von dem Erben, welcher inzwischen der Eigenthümer war, erworben hatte.

Jene Vorschrift der Const. 3 §. 2—4 (6, 43) läßt sich nur daraus erklären, daß das Gesetz die Veräußerung der legirten Sache während des Schwebens der Bedingung verbietet, ein gesetzliches Verbot aber die Nichtigkeit der Veräußerung bewirkt, sofort den Uebergang des Eigenthums an den Dritten hindert (Seuffert's Lehrb. der Pandekten §. 124 und Note 6).

Nach bayerischem Rechte verhält sich indessen die Sache anders.

Nach dem Landrechte Thl. III Kap. VI §. 11 Nr. 2 kann der Legatar die legirte Sache vom dritten Besitzer nur unter der Voraussetzung vindiciren, wenn das Legat ein unbedingtes war, und die Sache nach dem Tode des Erblassers veräußert wurde; war es aber ein bedingtes, so ist eben deshalb, weil nur im ersten Falle die Vindikation gestattet ist, dieser Anspruch ausgeschlossen. In diesem letzteren Falle hat daher der Legatar nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben.

Das Landrecht läßt hienach die Vindikation der legirten Sache nur zu, wenn der Legatar zur Zeit der Veräußerung schon Eigenthümer war.

In dieser Weise wurde auch vom obersten Gerichtshofe entschieden.

DAOGrf. v. 18. Dez. 1865 Nr. 162^{65/66}.

2.

Zuständigkeit der Appellationsgerichte in Vormundschaftsachen
standesherrlicher Familienglieder.

Der oberste Gerichtshof hat bereits in zwei Erkenntnissen entschieden, daß in Vormundschaftsachen, in welchen das Haupt der Familie theilhaftig sei, nicht das k. Stadt- oder Landgericht, sondern das k. Appellationsgericht das zuständige Vormundschaftsgericht sei ¹⁾.

In einem neuerlich zur Entscheidung gekommenen Falle handelte es sich um Veräußerung mehrerer zum standesherrlichen Fideikommißvermögen gehöriger und um Erwerbung anderer dem Fideikommiße einzuverleibender Güter im Werthe von beiläufig 40,000 fl. Zu dieser Veränderung der Substanz des Fideikommißgutes war die Einwilligung der Agnaten erforderlich, unter welchen sich zwei minderjährige Söhne befanden, für welche zu diesem Akte ein Vormund aufgestellt worden war, welcher zu dieser Veränderung des Fideikommißvermögens seinen Konsens erteilte und die Konsensurkunde dem k. Appellationsgerichte mit der Bitte vorlegte, diesen Konsens von Obervormundschaftswegen zu bestätigen.

Das k. Appell.-Gericht eröffnete dem Vormunde durch Beschluß v. 3. Februar 1865: hierorts könne die erbetene Konsens-Genehmigung nicht erteilt werden, weil nach §. 10 der IV. Beilage zur Verfassungsurkunde, — entsprechend dem durch Art. 14 der deutschen Bundesakte garantirten standesherrlichen Rechte der Autonomie und Selbstverwaltung in Familien-Angelegenheiten, wonach die Glieder in Familiengewalt unter dem primogenitus stehen

¹⁾ OAG. v. 4. Juli 1863 Nr. 983^{62/63} und v. 3. Nov. 1863 Nr. 1231^{62/63}. Bl. f. N. Bd. XXIX S. 55. Vgl. auch Bd. X S. 188, Bd. XI S. 360 u. Bd. XII S. 129.

und lediglich die Vorlage der Hausgesetze an das Staatsoberhaupt und die Anzeigle hievon an die allgemeinen Landesstellen behufs der Ausübung des Obergerichtsrechtes zu geschehen hat, — in standesherrlichen Sachen eine gerichtliche Vormundschaftsführung überhaupt unstatthaft und die Wirksamkeit der AG. in dem dort angeführten Ausnahmefalle auf die Aufstellung²⁾ des Vormundes oder Kurators beschränkt sei, welcher lediglich unter Obergericht des k. Staatsministeriums der Justiz zu handeln habe; dessen Aufstellung durch die AG. sei offenbar nur in der Rücksicht angeordnet, daß das Haupt der Familie im Falle eigener Betheiligung zur Bestellung der Vormundschaft nicht geeignet scheine, während an der selbständigen Vormundschaftsführung in der Familie unter der ebenbezeichneten Obergericht auch für jenen Ausnahmefall nichts habe geändert werden wollen.

- 2) In Bezug auf die Aufstellung von Vormündern und Kuratoren für minderjährige Glieder standesherrlicher Familien ist in einer Justiz-Ministerial-Entschließung v. 23. Sept. 1865 Nr. 15998 folgende Direktive gegeben: „Es scheint bei dem AG. die Praxis zu bestehen, daß in allen Fällen, wo minderjährige Glieder einer standesherrlichen Familie bei einem Rechtsstreite betheilt sind, für dieselben durch das Haupt der Familie oder auch durch ihren Vater ein Vormund oder Kurator aufgestellt und durch das k. AG. und zwar ohne Prüfung, ob das Haupt der Familie dabei betheilt ist oder nicht, bestätigt wird. Dieses Verfahren entspricht nicht den Bestimmungen des §. 10 der IV. Verf.-Weil. Nach denselben können nämlich die Vormundschaften der standesherrlichen Familienglieder von dem Haupte des Hauses, wenn dieses dabei nicht betheilt ist, bestellt werden, und eine Bestätigung durch das k. AG. ist in diesem Falle nicht erforderlich. Ist aber das Haupt des Hauses betheilt und ein Vormund oder Kurator von Obrigkeit wegen aufzustellen, so kommt dem AG. die Aufstellung zu und nicht die bloße Bestätigung.“

In einer Gegenvorstellung suchte der Vormund nachzuweisen, daß die Ertheilung der von ihm erbetenen obervormundschaftlichen Bestätigung des k. AG. in formeller und materieller Beziehung sich rechtfertige; er wiederholte sein früheres Gesuch mit dem Beisage: diese Vorstellung, wenn das AG. seinem Gesuche nicht sollte entsprechen können, als an die allerhöchste Stelle gerichtet anzusehen, und dieselbe dem k. Justiz-Ministerium vorzulegen.

Das k. AG. verbeschied die Remonstration des Vormundes durch einen Inhäsiobeschluß v. 29. Aug. 1865 lediglich unter Hinweisung auf die im Beschlusse v. 3. Febr. angeführten Gründe und sendete die Akten zum k. Justiz-Ministerium ein, welches in der am 20. Sept. 1865 Nr. 15171 erlassenen Entschlie-
 ung dem k. AG. auftrug, dem L. als Kurator der minderjährigen Söhne des D. zu eröffnen:

„daß das k. St-Ministerium der Justiz dem vor
 „ihm gestellten Ansuchen nicht entsprechen könne,
 „da es nach §. 10 der IV. Verf.-Beil. bei Vor-
 „mundschaften über minderjährige Glieder landes-
 „herrlicher Familien wohl die Oheraufsicht, keines-
 „wegß aber die Obervormundschaft zu führen habe,
 „und Rekurse und Beschwerden gegen appellations-
 „gerichtliche Entscheidungen auch in solchen Vor-
 „mundschaftssachen nicht bei dem k. St-Ministerium
 „der Justiz sondern bei dem k. Oberappellations-
 „gerichte anzubringen seien.“

Da das k. AG. diese Entschlie-
 ung dem Vormunde L. lediglich zur Wissenschaft in Abschrift mittheilte,
 so reichte derselbe Beschwerde bei dem obersten Ge-
 richtshofe ein, in welcher gebeten wurde, auszuspre-
 chen, daß das k. AG. die erbetene obervormund-
 schaftliche Genehmigung zu ertheilen habe.

Der oberste Gerichtshof erkannte hierauf zu Recht:
 das k. AG. sei zuständig, auf das von dem Vormunde
 L. eingereichte Gesuch das Rechtliche zu beschließen.

Aus den Gründen wird entnommen: In Vor-

mundschaftssachen der standesherrlichen Familienglieder steht dem k. AG. des einschlägigen Regierungskreises die Aufstellung eines Vormundes oder Kurators zu, wenn hiebei das Haupt des Hauses theilhaftig ist. Das k. AG. hat nicht nur die Urkunde über die Vormundspflicht des in Vorschlag gebrachten Vormundes l. angenommen, sondern auch den Vormund in der Entschliebung v. 5. Nov. 1864 bestätigt. Wenn nun der Vormund in einer vormundtschaftlichen Angelegenheit die Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde nachzusuchen für nothwendig erachtet und zu diesem Behufe den ihm geeignet scheinenden Antrag stellt, so kann der Vormund bei fort dauernder Theilhaftigkeit des Hauptes der Familie das Gesuch nur bei dem k. AG. anbringen, welches zuständig war, in dieser Rechtsangelegenheit eine Vormundschaft anzuordnen. Daß das k. Staats-Ministerium der Justiz nur die Oberaufsicht, nicht aber die Obervormundschaft zu führen habe, ist dem k. AG. durch die höchste Entschliebung v. 20. Sept. d. J. bekannt geworden, und daß die Zuständigkeit in Vormundtschaftssachen der standesherrlichen Familienglieder in Folge des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 10. Nov. 1861 Art. 18 und 76 Abs. 3 nicht an die k. Stadt- und Landgerichte übergegangen, sondern wie früher den k. AG. unverändert vorbehalten worden ist, indem an den Bestimmungen des §. 10 der IV. Verfassungs-Beilage durch das erwähnte Gesetz nichts geändert worden ist, hat der oberste Gerichtshof bereits in den Erkenntnissen v. 4. Juli 1863 RMr. 983^{62/63}, und v. 3. Nov. 1863 RMr. 1231^{62/63}, gleichförmig ausgesprochen. Mit Unrecht hat das k. AG. seine Zuständigkeit in der Verbescheidung des Gesuches des Vormundes l. abgelehnt.

DAOGrf. v. 2. Dez. 1865 RMr. 165^{65/66}.
§. *

3.

Der dritte Besitzer eines Immobile haftet für die Hypotheken, wenn er auch noch nicht als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen ist.

Hierüber sagen die Entscheidungsgründe eines Erkenntnisses zweiter Instanz:

„Appellant macht in seiner Berufungsbeschwerde geltend, daß er auf Bezahlung der M.⁷schen Forderung nicht belangt werden könne, da er zur Zeit noch nicht als Besitzer des Immobiliargutes im Hypothekenbuche vorgetragen sei. In Würdigung dieses Beschwerdebegrundes ergibt sich Folgendes:

Die in den §§. 49 und 51 des Hypothekengesetzes gegebene Hypothekenklage geht auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekte. Zu diesem Zwecke muß sie eben so gegen den dritten wirklichen Besitzer desselben, als gegen den Hypothekenschuldner gerichtet werden können. Die Bestimmungen des Hypothekengesetzes in den §§. 54—56 lassen hierüber keinen Zweifel. Unbehelflich ist daher die Berufung des Appellanten auf das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches. Hieraus folgt vielmehr, daß neben der dinglichen Haftung des dritten wirklichen Besitzers jene des im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzers fortbesteht. Die Haftung des Verklagten für fragliche Forderung ist also keineswegs durch vorerstige Berichtigung des Besitztittels bedingt; der unbestrittene Besitz des Mühlenwesens, auf welchem jene Forderung hypothekarisch versichert ist, genügt, um ihn zum rechten Beklagten zu machen.“

Dieses Erkenntniß wurde oberstrichterlich aus den demselben beigefügten Entscheidungsgründen bestätigt.

DAÖGrf. v. 20. Nov. 1865 Nr. 1079^{64/65}.

4.

Bürgschaft der „schlechten Bürger und Bauern“ nach bayerischem Landrechte.

Bb. XIX §. 268; Bb. XXIII §. 247; Bb. XXVIII §. 392; Bb. XXIX §. 31; Bb. XXX §. 352.

Die Bestimmung des LM. Th. IV Kap. X §. 4 spricht außer den Bauern von „gemeinen schlechten Bürgern“, erklärt aber sub Nr. 5, daß unter diese Bürger nicht zu zählen seien: Handelsleut, Weinschenk u. und all jene, von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich so leicht nicht hintergehen lassen.

Letztere Worte bekunden, daß der Gesetzgeber dem richterlichen Ermessen hier einen großen Spielraum lassen, es ihm ermöglichen wollte, allen durch Ort und Zeit bedingten besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen.

In diesem Sinne mag es denn auch eine gewisse Berechtigung haben, wenn der Richter erster Instanz jene Bestimmung antiquirt nennt, insoferne nämlich zufolge des lebhafteren Verkehrs und der größeren Volksbildung das Gebiet ihrer Anwendbarkeit thatsächlich viel beschränkter geworden ist.

Faßt man nun, auf vorliegenden Fall eingehend, die bürgerliche Stellung des Beklagten in's Auge, der, in einem betriebsamen Marktflecken wohnend, dort das Handwerk als Maurer ausübt, dabei ein Anwesen besitzt, Hopfen baut und zeitweise selbst Hopfenhandel treibt; erwägt man, wie aus seinen eigenen Erklärungen klar hervorgeht, daß er sich der Wichtigkeit und Gefährlichkeit einer Verbürgung sehr wohl bewußt war, so muß man die Ueberzeugung gewinnen, daß er im Sinne des bayerischen Landrechtes allerdings als bürgschaftsfähig anzusehen ist.

DAOGrf. v. 14. Nov. 1865 Nr. 81^{65/66}.

77.

5.

Ueber die Beweiskraft strafgerichtlicher Urtheile, welche den Angeklagten eines geringeren Reates, als worauf die Anklage lautete, für schuldig erkennen, im nachfolgenden Civilprozeße.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Gegen das Erkenntniß II. Instanz beschwert sich der Beklagte vor Allem deshalb, weil dem Plenarbeschlusse vom 19. Mai 1857 eine ganz irrige, von der I. Instanz abweichende, für den Beklagten nachtheilige Interpretation zu Theil geworden sei, indem der Beklagte der Ansicht ist, daß er dem Kläger für Entschädigung nicht weiter zu haften habe, als er nach dem Urtheile des Strafrichters für haftbar erscheine. — Dieses ist jedoch nicht richtig. — Der Plenarbeschuß über die Beweiskraft strafgerichtlicher Urtheile für die Erledigung der privatrechtlichen Folgepunkte vom 19. Mai 1857 bestimmt ausdrücklich, daß einem nach dem Strafprozeßgesetze von 1848 erlassenen strafgerichtlichen Erkenntniße, wodurch eine Frage entschieden ist, welche der Entscheidung einer Civilsache präjudizirt, vermöge seiner Rechtskraft für diese letztere die Wirkung eines vollkommenen Beweises zukommt, dem freisprechenden jedoch nur in so weit, als dasselbe einen Thatumstand in bejahender oder verneinender Weise als gewiß bekundet hat. — In den Motiven heißt es dann ausdrücklich, daß dem strafrichterlichen Erkenntniße, wenn es einmal rechtskräftig geworden, die Kraft eines vollen Beweises für den Civilprozeß, welcher sich an dieselbe Handlung anknüpft, zum Vortheile wie zum Nachtheile des Angeschuldigten zukommen solle. Auch ist bezüglich der freisprechenden Erkenntniße ausdrücklich bemerkt, daß, wenn der Angeschuldigte einfach für nicht schuldig erklärt wurde, er sich

noch immer als bürgerlich verantwortlich für den Schadenersatz darstellt, und aus dem Umstande allein, daß Jemand von einer Beschuldigung freigesprochen wurde, für ihn noch nicht die Folge sich ableiten lasse, er sei auch gegen jede Civilklage wegen desselben Vorganges gedeckt, — was auch von solchen Urtheilen gilt, welche den Beschuldigten stillschweigend dadurch nur zum Theile freisprechen, daß sie ihn der Handlung in einem geringeren Grade für schuldig erklären, als worauf die Beschuldigung gerichtet war.

Die adhibirten Untersuchungsakten geben nun zwar zu entnehmen, daß der Beklagte wegen zwei am 31. Januar 1862 mit einem langen spitzigen im Griffe feststehenden Messer dem Kläger zugefügten Schnittwunden, wodurch nach dem gerichtsarztlichen Schlußgutachten eine mehr als 60 tägige Berufsarbeitsuntüchtigkeit und außerdem noch ein bleibender Nachtheil, bestehend in Arbeitsbeschränktheit, bedingt durch theilweise Unbeweglichkeit der verletzten Glieder, verursacht wurde, wegen Verbrechen der Körperverletzung nach Art. 179 Zhl. I des StGB. v. J. 1813 in die öffentliche Sitzung verwiesen, jedoch durch Urtheil vom 18. Juli 1862 nur wegen Vergehens der ohne überlegten Entschluß verübten Körperverletzung als Urheber für schuldig erkannt wurde. Aus den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheile kömmt zu entnehmen, daß die stillschweigende Freisprechung von dem Verbrechen und die Verurtheilung zu dem Vergehen der Körperverletzung nur aus dem Grunde erfolgte, weil zwei Sachverständige in ihrem Gutachten sich dahin ausgesprochen haben, daß, wenn das Heilverfahren des Vulneraten vollständig geeignet und zweckmäßig gewesen wäre, möglicher und sogar wahrscheinlicher Weise die Arbeitsunfähigkeit resp. Beschränktheit desselben nur unter einem Mo-

nat bestanden hätte, und weil nach dem weiteren Gutachten eines dieser Sachverständigen unter der angegebenen Voraussetzung ebenso die Unbeweglichkeit der verletzten Glieder beseitigt worden wäre. — Die Freisprechung von dem indizirten Verbrechen erfolgte nicht auf den Grund fester richterlicher Ueberzeugung von dem Nichtvorhandensein der Thatbestandsmerkmale des Verbrechens, sondern in der Berücksichtigung, daß bei der Zweifelhaftigkeit des Meates die dem Beschuldigten günstigere Ansicht zur Anwendung gebracht werden müsse. Es kann demnach aus dem Umstande, daß der Beklagte von der Anschuldigung des Verbrechens der Körperverletzung freigesprochen wurde, für ihn noch nicht die Folge abgeleitet werden, er sei auch gegen jede Klage wegen dieses Verbrechens unantastbar, vielmehr hat er nach den Motiven des besagten Plenarbeschlusses, wie die II. Instanz ganz richtig angenommen hat, für die civilrechtlichen Folgen nicht bloß hinsichtlich der durch das Vergehen der Körperverletzung hervorgerufenen, sondern überhaupt auch für die durch sein Verhalten gegen den Kläger entstandenen größeren Folgen zu haften.

DAÖGrf. v. 30. Dez. 1865 RNr. 148^{65/66}.
77.

6.

Das Versprechen, für den Verzicht auf eine persönliche Gewerbskonzession eine Geldsumme zu zahlen, erzeugt eine klagbare Verbindlichkeit.

Vergl. Bb. XIII S. 53.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Wenn die Gewerbsgesetzgebung den Verkauf persönlicher Gewerbskonzessionen nicht erlaubt, so geschieht dies nur in dem Sinne, daß ein solcher

Verkauf dem Käufer keine Berechtigung zur Gewerbsausübung übertragen könne, vielmehr die Befugniß der Behörden, die Konzession beliebig zu vergeben, ungeschmälert bleiben müsse. — Es ist jedoch nicht gegen die öffentliche Ordnung, Verträge zu errichten, durch welche auf einem Umwege, welcher das freie Verfügungsrecht der Behörden un verkürzt läßt, die Uebertragung solcher Konzessionen herbeigeführt wird. — Es ist deshalb ein Vertrag erlaubt und rechtsgiltig, wodurch Jemand, der die Aussicht hat, in Folge des Wegfalles einer Konzession selbst konzessionirt zu werden, für den Verzicht des Berechtigten eine gewisse Summe verspricht, diesem, so zu sagen, seinen Verzicht abkauft, wie dies denn auch Beklagter selbst zugesteht. Die Frage ist nun, ob vorliegenden Falles ein Vertrag solcher Art vorliegt, oder aber ein ungiltiger Verkauf im Sinne des Gewerbsgesetzes.

Es handelt sich hiebei um Auslegung der Uebereinkunft, so wie sie nach den Behauptungen des Beklagten in Verbindung mit den übrigen feststehenden Umständen sich darbietet. — Prinzip bei Auslegung von Verträgen ist es, daß man nicht sowohl auf die Benennung sieht, welche die Parteien einem Vertrage geben, als vielmehr auf dessen Inhalt und den Willen der Parteien; ferner, daß bei Zweifeln über den Sinn eines Vertrages immer diejenige Auslegung den Vorzug verdient, gemäß welcher derselbe aufrecht erhalten werden kann. — In vorliegendem Falle soll nun allerdings dem Wortlaute gemäß ein Verkauf der fraglichen Konzession abgeschlossen worden sein; allein es ist zu beachten, daß die Sprache des gewöhnlichen Lebens mehr auf den Effekt eines Vertrages, als auf dessen juristische Bedeutung sieht, und daß ein Vertrag, kraft dessen auf oben angedeutetem Umwege eine Konzession von einem Inhaber auf einen an-

dem übertragen wird, im Volksmunde wohl auch „Verkauf“ heißt, weil er beim Hinzutritte der Konzessionirung des Bewerbers die nämliche Wirkung äußert, wie ein Verkauf.

Bei genauer Abwägung aller Umstände drängt sich nun die Ueberzeugung auf, daß die Parteien wirklich einen Verkauf im letzteren (uneigentlichen) Sinne abschließen wollten. Offenbar wußte Beklagter so gut, wie Kläger selbst, daß es sich um eine persönliche Konzession handle, die nicht sofort mit dem Vertrage übergehe. — Es geht dies schon aus dem Laute der Uebereinkunft selbst hervor, wie sie nach Behauptung des Beklagten schriftlich abgefaßt worden sein soll, indem darin gesagt ist: „daß das Geschäft sogleich nach erfolgtem Beschlusse des k. Landgerichtes N. vom Käufer übernommen werde.“ Ferner ergibt es sich aus der Art und Weise, wie zugegebenermaßen der Vertrag sofort vollzogen wurde (der sichersten Quelle für die Interpretation), — indem St. sofort unbedingt verzichtete und L. hierauf sich um die frei gewordene Konzession bewarb und sie erhielt. Hieraus folgt nun aber zur Evidenz, daß ein eigentlicher Verkauf, kraft dessen durch den Vertragsabschluß die Konzession erworben werden sollte, nicht beabsichtigt war, und ist hiemit der wahre Willen der Parteien ermittelt, so ist es ganz gleichgiltig, wenn sie sich ungeeignet ausdrückten und Worte wählten, wie sie ein sachkundiger Jurist nicht angerathen haben würde.

Der Vertrag muß demnach, selbst nach der Geschichtszerzählung des Beklagten, als gültig betrachtet werden, und war dem Kläger ein bezüglichher Beweis nicht aufzulegen.

DAßGrf. vom 9. Jan. 1866 RNr. 233⁶⁵/₆₆.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsell, kaufmännischen Anweisungen und in Handels- sachen, hier insbesondere über die Vollstreckungs- einrede des Benefizialerben wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft, die erb- schaftliche Liquidation und die Gerichtszuständigkeit bei dieser. — Es bildet keinen Fall unheilbarer Nichtigkeit, wenn ein Bezirksgericht eine vor ein in seinem Sprengel gelegenes Stadt- oder Landgericht gehörige Sache verhandelt und entscheidet.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechsell, kaufmännischen Anweisungen und in Handels- sachen, hier insbesondere über die Vollstreckungs- einrede des Benefizialerben wegen Unzulänglichkeit der Erbschaft, die erb- schaftliche Liquidation und die Ge- richtszuständigkeit bei dieser.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Häuser.

Anknüpfend an die oben S. 33 — 38 und S. 49 — 59 mitgetheilten Erörterungen handelt es sich hier von dem Einwande, welchen der Benefizialerbe gegen die Exekutionsanträge der Erbschaftsgläubiger aus der entweder schon feststehenden oder noch fest- zustellenden Unzulänglichkeit der Nachlassmasse ablei- ten kann, von der durch diesen Einwand hervor- gerufenen Liquidation und von der Zuständigkeit be- züglich derselben.

Nach gemeinem Rechte ist der Benefizialerbe befugt, die Beerdigungs-, Inventars- und Erbschafts- verwaltungs-Kosten vorabzuziehen, und darf derselbe

die Gläubiger, wie sie sich melden, befriedigen, wobei hypothekarischen Gläubigern nur ein Rückgriff gegen befriedigte, ihnen nachstehende Gläubiger zugestanden wird. L. 22 §. 4 — 9 Cod. de jure delib.

Soferne die Erbschaft nicht zugleich zur Deckung jener Kosten und zur Befriedigung des klagenden Erbschaftsgläubigers ausreichen würde, kann der Erbe diese Nichtzulänglichkeit gegen den Vollstreckungsantrag des Klägers einwenden, dagegen steht ein solcher Einwand dem Benefizialerben aus der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung des klagenden und der übrigen Erbschaftsgläubiger gemeinrechtlich nicht zu. Aus eigener Person hat derselbe den Einwand nicht, weil er den nicht befriedigten Gläubigern wegen Zahlung an die sich meldenden Gläubiger nicht verantwortlich wird. Aus der Person der Gläubiger, welche durch die volle Befriedigung einzelner Gläubiger verkürzt werden, hat er den Einwand gleichfalls nicht, da er für dieselben nur als negotiorum gestor handeln könnte, als solcher aber nicht berechtigt ist, deren Interessen zu vertreten. Allerdings kann dem beklagten Benefizialerben wegen der Kollision der Gläubiger die Geltendmachung der Unzulänglichkeit des Nachlasses an sich nicht abgesprochen werden, weil im Falle einer Gläubigerkollision die Erfüllung nur nach gesetzlicher Rangordnung stattfindet. Allein ein hierauf gestützter Einwand des Benefizialerben könnte nur unter dem Gesichtspunkte einer Insolvenzanzeige bezüglich des Erbvermögens, deren Wirkung nach dem Konkursrechte zu beurtheilen ist, rechtliche Berücksichtigung finden. Art. 16 Abs. V des Ger.-Verf.-Ges. v. 1. Juli 1856; Art. 80 Abs. II des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861.

Auf gleiche Weise hat nach dem bayerischen

Landrechte der Benefizialerbe ein Zurückbehaltungsrecht „wegen der auf die Verlassenschaft oder Vergräbniß des Erblassers verwendeten passirlichen Kosten.“ Bei Entrichtung der Forderungen von Erbschaftsgläubigern ist er „die Priorität zu beobachten nicht schuldig, sofern nur genügsame Kaution von ihnen geleistet wird.“ Th. III Kap. I §. 18 Nr. 10, Dritten und Siebentens.

Hieraus folgt, daß derselbe die Rangverhältnisse zu berücksichtigen schuldig ist, und im Unterlassungsfalle, wenn keine oder keine genügsame Sicherheit geleistet wird, aus eigenen Mitteln den nicht befriedigten bevorzugten Gläubigern für ihre Verfürgung zu haften hat. Vgl. Kreittmayr's Anmerkungen zum angef. §. des LM. Nr. 8 lit. b: „sonst zahlt der Erbe auf seine Gefahr, wenn der Fied nicht mehr erflekt.“

Ebenso ist nach dem preußischen allg. Landrechte der Benefizialerbe gehalten, Erbschaftsgläubiger nach der gesetzlichen Rangordnung zu befriedigen, und wird durch Bezahlung nachstehender Gläubiger den Bevorzugten wegen Verfürgung ersatzpflichtig, Th. I Tit. 9 §§. 452—454. Allg. preuß. Gerichtsordnung Th. I Tit. 51 §. 57.

Nach bayerischem und preußischem Landrechte hat demnach der Benefizialerbe, wenn der Nachlaß zur Befriedigung des klagenden und der bevorzugten Gläubiger nicht ausreicht, einen Einwand gegen den Vollstreckungsantrag des Klägers. Eine Gant über den Nachlaß eröffnen zu lassen, ist der Erbe nicht verbunden, und von Amtswegen ohne eine Veranlassung von Seite eines Betheiligten darf sie nach dem neueren bayerischen Konfurbrechte nicht eingeleitet werden; weil aber der Erbe einen nachstehenden Gläubiger mit Verfürgung eines bevorzugten nicht befriedigen darf, ohne aus eigenem Vermögen haftbar zu werden, so muß er befugt sein,

so viel, als für die Befriedigung bevorzugter Forderungen nothwendig ist, von der Nachlassmasse ab zu ziehen und nachstehende Forderungen auf das, was noch bleibt, zu verweisen. Daraus folgt, daß auch die Hülfsvollstreckung nur auf diesen Rest vollzogen werden kann, weil nur die im Rechte begründete Erfüllung erzwungen werden darf. Ja, die Zwangsvollstreckung ist sogar gegenstandslos, wenn der Erbe den für die nachstehenden Gläubiger noch bleibenden Erbschaftsbetrag zu ihrer Befriedigung verwenden will. In einer jüngst erlassenen Entscheidung hat auch das k. Handelsappellationsgericht zu Nürnberg eine Einrede auf Seite des Benefizialerben als rechtlich zulässig angenommen.

Dagegen besteht aus den bereits angegebenen Gründen für den Benefizialerben kein Einwand gegen den Vollstreckungsantrag des Klägers wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung gleichstehender Gläubiger, weder aus der eigenen Person, noch aus der Person dieser Gläubiger. Betrachtet auch das preussische Landrecht den Benefizialerben in Ansehung des Erbvermögens gleichsam als Verwalter der Gläubiger, so macht es denselben doch nicht verantwortlich wegen Erschöpfung des Nachlasses durch Befriedigung eines Gläubigers vor anderen demselben nur gleichstehenden Gläubigern. Th. I Tit. 9 §§. 443 fg. u. 453.

Der dem Benefizialerben gegen den Vollstreckungsantrag des Klägers zustehende Einwand ist nicht bloß bei feststehender Unzulänglichkeit, sondern auch schon im Falle der Ungewißheit der Zulänglichkeit des Nachlasses begründet. Denn wenn dem Erben keine Kaution geleistet wird, so kann er wegen dieser Ungewißheit nachstehende Gläubiger nicht befriedigen, weil er sonst Gefahr läuft, mit seinem eigenen Vermögen eintreten zu müssen. Anderseits kann gegen den Benefizialerben, welcher die

Gläubiger in der rechtlichen Ordnung befriedigen will, nicht mit gerichtlichem Zwange in entgegen-
gesetzter Richtung vorgegangen werden. Es muß
also dem Benefizialerben zu seiner im Wesen der
Rechtswohlthat liegenden Sicherung gegen die Ge-
fahr der Haftung aus eigenem Vermögen die Be-
fugniß zugestanden werden, eine gerichtliche Fest-
stellung der Masse und des Ranges der Forderungen
zu verlangen. Im preuß. Rechte ist auch diese
Befugniß des Benefizialerben ausdrücklich ausge-
sprochen. Landr. Rh. I Tit. 9 §. 455. Allg. Ger.-
Ordn. Rh. I Tit. 51 §§. 58 u. 68.

Nach französischem Rechte kann der Bene-
fizialerbe Erbschaftsgrundstücke nur auf Erholung
eines gerichtlichen Bescheides unter Beobachtung der
für öffentliche Versteigerungen vorgeschriebenen For-
men verkaufen und muß den Erlös nach Ordnung
der Vorzugsrechte und der Hypotheken den privile-
gирten und Hypothekengläubigern zuweisen. Erb-
schaftsmobilen kann er nur durch einen öffentlichen
Beamten nach Vorgang der erforderlichen Anschläge
und Bekanntmachungen versteigern lassen. Aus dem
den privilegierten und hypothekarischen Gläubigern
nicht zugewiesenen Immobilien- und aus dem Mo-
biliarerlöse kann er die Erbschaftsgläubiger nach der
Ordnung, wie sie sich melden, — sofern aber Gläubiger
Einspruch dagegen erheben, nur nach Verhältniß der
Forderungen, im Falle eines Streites nach richter-
lichem Vertheilungsbescheide, zahlen. Wenn Gläu-
biger Kaution fordern und der Benefizialerbe eine
solche nicht leistet, wird der Erlös hinterlegt zur
Theilung der Erbschaftslasten. Code civ. art. 805
— 808, Code de proc. art. 987 folg.

Nach diesen Bestimmungen bleibt kein Raum
für einen Einwand des beklagten Benefizialerben
gegen den Vollstreckungsantrag des Klägers aus
dem Grunde der Unzulänglichkeit für weitere Gläu-

biger, soferne dieselben keinen Einspruch gemacht haben.

So weit nach dem einschlägigen Rechte der Einwand des Benefizialerben gegen den Vollstreckungsantrag eines Erbschaftsgläubigers begründet ist, stellt sich derselbe auf Grund der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses als eine Einrede dar. Nur ist dieselbe nicht als gegen die Klage gerichtet zu denken. Denn der Bestand und die Wirksamkeit der Schuldverbindlichkeit bleibt unangefochten. Das Klagerrecht wird weder gehemmt noch zerstört, sondern der Vollzug kann wegen des Vorzuges anderer Forderungen und der Unzulänglichkeit des Nachlasses nicht oder nicht vollständig, oder wegen Ungewißheit der Zulänglichkeit nicht sofort stattfinden. Die Einrede geht daher gegen die Vollstreckung des Urtheiles in der Einzelprozefsache. Sie gehört im Sinne der bayerischen Gerichtsordnung, worin auch die *exceptio competentiae* zu den Exzeptionen, „welche den modum et ordinem executionis betreffen,“ gerechnet wird (Kap. XVII §. 8), zu den in der Exekution zulässigen Einreden. —

Diese Einrede macht eine erbchaftliche Liquidation nothwendig. Denn für die Beurtheilung, ob oder zu welchem Betrage der eingeklagte Anspruch aus dem Nachlasse zu befriedigen sei, bildet die endgiltige Feststellung der Größe des Nachlasses und des Ranges des Anspruches im Verhältnisse zu anderen Erbschaftsschulden eine Voraussetzung.

Die Feststellung der Größe des Nachlasses ist abhängig von der vollständigen Aufnahme und von der Richtigkeit des aktiven und passiven erbchaftlichen Vermögensstandes, sowie von der entsprechenden Erhebung des Werthes der Vermögensbestandtheile. Zur Ermittlung des Aktives

standes steht einem Gläubiger das Recht zu, den Offenbarungseid von dem Erben zu verlangen. L. 22 §. 10 Cod. de jure delib.; bayer. RM. Th. III Kap. I §. 18 Nr. 19; Preuß. RM. Th. I Tit. 9 §§. 440 u. 441; allg. preuß. Ger.-Ordn. Th. I Tit. 51 §. 62.

Bei Aktiven und Passiven, deren Bestand oder Nichtbestand von einer Bedingung oder dem Ausgange eines Streites abhängt, desgleichen bei unsicheren Aktivforderungen, für welche nicht durch Vereinbarung ein Werthanschlag stattfindet, hat eine Regelung durch Kauttionen einzutreten; L. 73 §. 1 Dig. ad leg. Falcid. (35, 2).

Die Festsetzung des Rangverhältnisses setzt eine Beurtheilung sämmtlicher Ansprüche der Erbschaftsgläubiger voraus. Zur endgiltigen Festsetzung der Größe des Nachlasses und des Ranges von Ansprüchen ist das Gehör der übrigen Betheiligten erforderlich. Daher kann sich die erbchaftliche Liquidation nicht auf die Theile des Streites, in welchem die Einrede vorgeschützt wurde, beschränken, sondern es ist die Beiladung der übrigen bei der erbchaftlichen Masse Betheiligten nothwendig, wodurch ein allgemeines erbchaftliches Liquidationsverfahren entsteht. —

In Ansehung der erbchaftlichen Liquidation gibt noch die Frage der Gerichtszuständigkeit zu einer näheren Erörterung Anlaß.

Zum Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Behandlung der erbchaftlichen Liquidation nicht gehören¹⁾. Die endgiltige

¹⁾ Von dem Handelsappellationsgerichte zu Nürnberg wurde in einer Streitsache, in welcher das Handelsgericht München r./S. die erbchaftliche Liquidation zur freiwilligen Civilgerichtsbarkeit gehörig erachtete, angenommen, daß der Erbkichter durch diese Ent-

Feststellung von Rechtsverhältnissen, welche hier in Frage kommen, steht der Verlassenschaftsbehörde als solcher nicht zu.

Sache der Verlassenschaftsbehörde ist es, nach Aufnahme der Erklärungen über die Erbschaftsannahme und des notariellen Erbverzeichnisses den Nachlaß, sofern überhaupt ein solcher zu Gerichtshanden gekommen oder unter Gerichtsflegel gelegt ist, an den legitimirten Erben auszuantworten, wobei Vermächtnißnehmer, sowie die bei Gericht sich meldenden Gläubiger lediglich von dem Sachverhalte zu verständigen sind.

Weiter hat sich die Verlassenschaftsbehörde als solche mit dem Nachlasse nicht zu befassen. Insbesondere ist mit den Erbschaftsgläubigern oder Vermächtnißnehmern weder eine Verhandlung über die Richtigkeit des Inventars noch eine Auseinandersetzung durch gerichtliche Befriedigung derselben aus dem Nachlasse geboten.

Wird das Inventar von keinem Betheiligten beanstandet, so bedarf es einer Verhandlung über dasselbe überhaupt nicht, und sofern die Beurkundung der Anerkennung des Inventars von Seite der Betheiligten verlangt wird, handelt es sich um einen reinen Notariatsakt. Wird aber das Erbverzeichniß in irgend einem Theile bestritten, so hat die Verlassenschaftsbehörde als solche weder die Aufgabe der gütlichen Ausgleichung, sofern ihre gerichtliche Vermittelung angesprochen wird, noch steht ihr eine Gerichtsbarkeit zur Entscheidung des Streitpunktes zu.

Eine Befriedigung der Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer durch die Verlassenschaftsbehörde steht im Widerspruche mit dem Verwalt-

scheidung die Thätigkeit der freitigen und der nicht-freitigen Rechtspflege vermengt habe.

ungsrechte, welches auch einem Benefizialerben über das erbchaftliche Vermögen zusteht. Vgl. l. 22 §§. 4, 6—8 Cod. de jure delib. (6, 30); Bayer. ER. Th. III Kap. I §. 18 Nr. 10 Drittens und Viertens; preuß. ER. Th. I Tit. 9 §. 443 u. fg.; Allg. Gerichtsordn. Th. I Tit. 51 §. 69. Gegen den Willen des Erben vorgenommen, ist eine solche Befriedigung ein widerrechtlicher Eingriff in dessen Rechtssphäre; wenn aber der Erbe selbst dieselbe beantragt, kann sie von einem Verlassenschaftsgerichte²⁾ abgelehnt werden, weil es nicht zur Aufgabe eines Gerichtes gehört, für handlungsfähige Personen Akte ihrer Vermögensverwaltung zu besorgen. Eine Ausnahme läßt sich nur für dringliche Verwaltungshandlungen, wie die Auszahlung liquider Ansprüche auf nothwendige Alimente u. s. w. nach den Grundsätzen über die Führung nothwendiger Geschäfte (*negotiorum gestio*) rechtfertigen, sofern die Erben noch nicht ermittelt, oder rechtzeitig zu handeln selbst nicht in der Lage sind.

Verwahrungen von Gläubigern gegen die Ausantwortung des Nachlasses an die Erben vor ihrer Befriedigung, wie sie früher häufig vorkamen, können eine Verhandlung hierüber vor der Verlassenschaftsbehörde nicht rechtfertigen. Nur die Erwirkung einer Beschlagnahme von Nachlassgegenständen, deren Verhängung aber dem Streitrichter zusteht, kann die Vorenthaltung derselben gegenüber dem Erben begründen.

Ebenso wenig darf das Recht eines Vermächtnisnehmers auf Sicherheitsbestellung wegen Entrichtung seines Vermächtnisses die Verlassenschafts-

²⁾ Ein Notar, welcher als Verlassenschaftskommissär ernannt ist, kann den Antrag annehmen. Insofern er dieses thut, handelt er aber lediglich in seiner sonstigen Eigenschaft als Notar.

behörde zu einer weiteren Verhandlung, oder zur Zurückbehaltung des Nachlasses veranlassen. Dieses Recht des Vermächtnisnehmers ist wie ein anderer privatrechtlicher Anspruch zu behandeln. Der Berechtigte hat sich an den Erben zu halten. Weist derselbe die verlangte Sicherheit, so bedarf es überhaupt keiner Gerichtsverhandlung; verweigert er aber dieselbe, so kann nur der Weg der Klage vor dem Streitrichter betreten werden.

Eine entgegengesetzte Behandlung findet für die älteren bayerischen Gebietstheile keine Unterstützung in dem oben S. 50 angeführten Mandate v. 30. Okt. 1767. Dasselbe weist die Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnisnehmer an, das Ihrige „bei den Erben, Testamentsexecutoren oder bei der Obrigkeit in *viam juris* zu suchen.“ Das heißt: Die Gläubiger oder Vermächtnisnehmer haben, wenn sie mit ihren Ansprüchen bei den Erben oder Testamentsvollstreckern keine Befriedigung erlangen, den Rechtsweg zu betreten, also Klage vor dem Streitrichter zu erheben. Den Erben hingegen wird die Weisung erteilt, es solle „die Verlassenschaft, wenn mehr Erben zu gleichen oder ungleichen Theilen vorhanden sind, zwischen ihnen so lange unvertheilt bleiben, bis die in inventario vorgetragenen oder sonst genugsam bekannten Schuldforderungen oder legata entrichtet oder wenigstens genugsam sicher gestellt sind“. Daß diese Vorschrift den Erben gilt und nicht eine Instruktion für die Verlassenschaftsbehörde bildet, ergibt sich aus der Rechtsfolge, welche eintritt, wenn die mehreren Erben den Nachlaß doch unter sich theilen, ohne vorher bekannte Gläubiger und die Vermächtnisnehmer für ihre Ansprüche sicher zu stellen, oder zu befriedigen. Dieselbe besteht nämlich darin, daß „ermeldte creditores oder legatarii gegen die vertheilte Erben inögesammt, oder gegen jeden beson-

ders in solidum zu klagen, mithin der Beflagte nicht nur pro sua portione hereditaria, sondern ganz zu bezahlen und gleichwohl seinen Regreß an die übrigen coheredes pro rata zu nehmen haben solle.“ Dadurch wird bestimmt, daß mehrere Erben sich vor Sicherstellung oder Befriedigung bekannter Gläubiger und der Vermächtnisnehmer nicht in den Nachlaß theilen dürfen, widrigenfalls sie denselben solidarisch haften.

Nach preussischem Landrechte erlangt zwar der Benefizialerbe nur ein eingeschränktes Eigenthum, in Folge dessen seine Verfügungen über den Nachlaß in Ansehung Dritter nur insofern, als dieselben in gutem Glauben handeln, gültig sind, bezüglich ererbter Grundstücke eine Verfügung zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger gültig nicht getroffen werden kann, und die Einschränkung, daß der Erbe nur als Benefizialerbe besitze, bei Eintragung seines Besitztums auf ein solches Grundstück im Hypothekenbuche mitvermerkt werden muß. RM. Th. I Tit. 9 §§. 443, 446 -- 448. Allein das Verwaltungsbrecht des Erben wird dadurch nicht beeinträchtigt (§. 444 a. a. O. und allgem. Verw. Ordn. Th. I Tit. 51 §. 69); folglich kann ihm der Nachlaß, so lange keine gerichtliche Beschlagnahme stattgefunden hat, nicht vorenthalten werden.

Nach französischem Rechte können Gläubiger, wenn der Benefizialerbe nicht Caution leistet, die Hinterlegung des Versteigerungserlöses aus erbchaftlichen Gütern zur Tilgung der Erbschaftslasten verlangen und einen richterlichen²⁾ Theilungsbescheid veranlassen. Code civ. art. 807 u. 808, Code de procéd. art. 990 u. 992.

²⁾ Hier ist der streitige Richter zu verstehen, wie aus der Verweisung des art. 990 Code de proc. auf den Titel de la distribution par contribution (art. 656—672) hervorgeht.

Endlich kann auch im Falle einer leghwilligen Verordnung eine andere Behandlung der Verlassenschaft nicht aus der amtlichen Obliegenheit des Testamentsvollzuges abgeleitet werden. — Aufgabe des amtlichen Testamentsvollzuges ist es, die als Erben eingesetzten und mit Zuwendungen bedachten Personen in die Lage zu versetzen, daß sie ihre aus dem letzten Willen entspringenden Rechte geltend machen können, d. i. die betheiligten Personen zu ermitteln und dieselben von dem Anfall der Erbschaft oder Vermächtnisse zu verständigen. In Ansehung von Auflagen an Erben oder Vermächtnisnehmer, bezüglich welcher keine Interessen gegeben sind, ergibt sich aus dem amtlichen Vollzuge des letzten Willens nur die Obliegenheit, die Erfüllung der Auflage zu überwachen. Eine Entrichtung der Vermächtnisse von Amtswegen widerspricht dem Verwaltungsrechte der Erben⁴⁾.

In Folge der seit der neueren Gerichtsorganisation eingetretenen genaueren Ausscheidung zwischen den Geschäften der streitigen und freiwilligen Rechtspflege hat sich an Einzelengerichten die Praxis im Gegenhalte zu der früheren willkürlichen Verlassenschaftsbehandlung bereits corrigirt und im Sinne der vorgetragenen Grundsätze ausgebildet.

Aus dem Erörterten erhellt, daß die erbchaftliche Liquidation keinen Gegenstand der freiwilligen, sondern der streitigen Gerichtsbarkeit bildet. —

Eine weitere Frage besteht darin, ob das erb-

⁴⁾ Das bayer. Landrecht verweist den Legatar ausdrücklich entweder an den Erben oder Belasteten selbst oder an die Obrigkeit, d. i. den streitigen Richter, wie sich aus der Anführung der „unterschiedlichen Aktionen“ ergibt, welche der Legatar „zu dem Ende“ anstellen kann. Th. III Kap. VI §. 11 Nr. 1.

schaftliche Liquidationsverfahren, sofern dasselbe durch die Einrede eines vor dem Handelsgerichte belangten Benefizialerben veranlaßt wird, vor dem Handelsgerichte stattfinden müsse, oder ob dasselbe vor das Civilgericht gehöre? Die Gerichtsbarkeit des Handelsgerichtes erstreckt sich, wenn dieselbe für den eingeklagten Anspruch gegeben ist, allerdings auch auf Einreden civilrechtlicher Natur, soweit sie nicht zugleich als Widerklage geltend gemacht werden oder zur gesonderten Austragung verwiesen sind⁵⁾. Denn zur endgiltigen Aburtheilung des Klagenanspruches gehört nothwendig auch die Beurtheilung der Einreden. Allein die fragliche Einrede des Benefizialerben veranlaßt eine Verhandlung und richterliche Entscheidung, welche sich nicht bloß auf den beim Handelsgerichte eingeklagten, überhaupt nicht bloß auf wechsell- und handelsrechtliche Ansprüche bezieht. Vielmehr hat die Ermittlung der Erbschaftsgröße, die Anordnung von Cautionen, die Festsetzung des Rangverhältnisses und der etwaige Vertheilungsbescheid auch verschiedene civilrechtliche Ansprüche zum Gegenstande, in Ansehung welcher die Gerichtsbarkeit des Handelsgerichtes nicht begründet ist. Nun ist aber eine Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach Verschiedenheit der Ansprüche, so daß das erbenschaftliche Liquidationsverfahren von dem Handelsgerichte in Ansehung der wechsell- und handelsrechtlichen, von dem Civilgerichte in Ansehung der civilrechtlichen Ansprüche gepflogen würde, unzulässig und undurchführbar. Eine solche Spaltung des Urtheiles über die Rangverhältnisse

⁵⁾ Vgl. Art. 64 des Einf.-Ges. zum Handelsgesetzbuche; Churfürstlich-bayerische Wechsel- und Merkantil-Gerichtsordnung Kap. III §. 4 und 6; Nürnberger Handelsgerichts-Ordnung Art. 45.

und des Vertheilungsbescheides, sofern es zu letzterem kommt, wäre nur möglich, wenn die Erbschaft in eine Masse für die handelsgerichtlichen und in eine Masse für die civilgerichtlichen Ansprüche abgetheilt werden könnte.

Da nun die Jurisdiction der Handelsgerichte als Ausnahmegerichtsbarkeit auf Wechselnachen, kaufmännische Anweisungen und Handelsfachen sich zu beschränken hat, so muß die Behandlung der erbschaftlichen Liquidation vor das Civilgericht gehören und kann dem Handelsgerichte nur die Richtigstellung der zur Handelsgerichtsbarkeit gehörenden Ansprüche verbleiben. Aus gleichen Gründen ist auch bei Behandlung einer Gant die Gerichtsbarkeit in der bezeichneten Weise unter den Handels- und Civilgerichten ausgeschieden ⁶⁾. Es spricht daher die Rechtsconsequenz aus der bestehenden Gerichtsverfassung und die Rechtsanalogie aus dem Verfahren im Falle der Gant für die nämliche Behandlung in dem Falle der erbschaftlichen Liquidation.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Es bildet keinen Fall unheilbarer Nichtigkeit, wenn ein Bezirksgericht eine vor ein in seinem Sprengel gelegenes Stadt- oder Landgericht gehörige Sache verhandelt und entscheidet.

Bd. XXV S. 472; Bd. XXVIII S. 289, 305, 321, 369;
Bd. XXIX S. 309.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof neuerlich in folgendem Falle ausdrücklich anerkannt.

⁶⁾ Aus dem Grunde, weil den maßgebenden civilrechtlichen Bestimmungen die Auscheidung der Masse

Gegen eine Klage auf Vollzug eines Vergleiches über Wasserbenützung hatte der Beklagte unter anderen Vertheidigungsbehelfen zwei forideclinatorische Einreden vorgebracht: primär die, es liege eine Verwaltungssache vor; eventuell die weitere, die Sache gehöre, wenn an die Gerichte überhaupt, doch nicht an das Bezirksgericht, sondern sowohl nach Ziff. 12 als nach Ziff. 15 des Art. 8 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 vor das Einzelrichteramt. In erster Instanz wurden beide Einreden als unbegründet erkannt, der Beklagte jedoch aus materiellen Gründen von der Klage entbunden. Hiegegen ergriff der Kläger Berufung, wogegen der Beklagte eine eventuelle Abhänsm. wegen Verwerfung seiner gerichtss. ablehnenden Einreden unterließ. Die zweite Instanz bestätigte den Ausspruch der ersten, worauf der Kläger die Revision ergriff.

Der oberste Gerichtshof kam in die Lage, in seinen Entscheidungsgründen alle Vertheidigungsbehelfe des Beklagten zu prüfen, weil er in materieller Hinsicht der Ansicht war, der Beklagte sei nur theilweise von der Klage zu entbinden, theilweise aber zu verurtheilen. Er ging unter Ziff. 1 des betr. Abschnittes seiner Entscheidung auf die vollständige Prüfung der Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte überhaupt ein, welche er als ungegründet verwarf, — und sagte dann unter Ziff. 2:

„Die weitere gerichtss. ablehnende Einrede, daß das angegangene Bezirksgericht N. in dieser Streit-sache das zuständige Gericht nicht sei, weil die Sache

in eine Mobilien- und Immobilienmasse fremd ist, wird auch in den Motiven zu dem bayerischen Entwurfe einer Proceßordnung §. 34. die Verweisung der Sont von Kaufleuten an die Civilgerichte gerechtfertigt. Vgl. auch die Erörterung des Ver-faßtes in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. VI S. 207 ff.

nach Art. 8 Ziff. 12 u. 15 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 zur Kompetenz des betreffenden Landgerichtes gehöre, ist gleichfalls schon von dem Gerichte I. Instanz verworfen worden, ohne daß hiegegen vom Beklagten die Berufung zur II. Instanz ergriffen worden ist. Die Verwerfung dieser Einrede ist eine rechtskräftige; diese Einrede gehört nicht, wie jene unter Nr. 1, zu denjenigen, welche eine unheilbare Nullität der Verhandlung und der darauf beruhenden Sentenz (C.D. Kap. XVI §. 2) begründen, sondern die Verwerfung dieser Einrede kann Aulöß zu einer auf dem Wege der Berufung oder Abhäsion geltend zu machenden Beschwerde geben, deren Unterlassung den Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung nicht hindert. Die materielle Würdigung dieser gerichtsablehnenden Einrede ist sonach dem obersten Gerichtshofe entzogen¹⁾).

DAZ. v. 15. Jan. 1866 Nr. 228^{5/66}.

77.

- ¹⁾ Mit dem Ausspruche, daß der oberste Gerichtshof diese Einrede ihrer rechtlichen Begründung nach nicht habe würdigen dürfen, sind wir zwar nicht einverstanden. Denn wenn auch nicht aus dem Grunde, weil aus dem Nichtbrachten der Einrede eine unheilbare Nichtigkeit entstehen könnte, so war doch der oberste Gerichtshof aus dem weiteren Grunde mit der Prüfung des rechtlichen Bestandes auch der zweiten foridellinatorischen Einrede befaßt, weil diese Einrede nicht allein gegen eine gänzliche, sondern auch gegen eine theilweise Verurtheilung des Beklagten durch das Bezirksgericht gerichtet war, und durch die Berufung und Revision des Klägers die ganze Sache an die oberen Instanzen devolvirt war. — Diese abweichende Ansicht über die Frage der Devolution kann aber natürlich dem Gewichte der obersterichterlichen Entscheidung über die Richtigkeitsfrage keinen Abbruch thun.

St.

Dr. J. A. Senfert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ist die Cession einer Hypothekenforderung nach gemeinem Rechte gültig, wenn hierüber eine notarielle Urkunde nach Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht errichtet wurde? — Ueber Erbverträge. — Ueber den Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten nach dem Wasserbenützungsgeetze, so wie dem Gesetze über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen, vom 28. Mai 1852. — Ueber die Wirkung der Cession eines bereits gekündigten Kapitals. — Anerkennung einer Schuld auf Grund einer Berechnung als selbständiger Klagegrund. — Berichtigungen.

Ist die Cession einer Hypothekenforderung nach gemeinem Rechte gültig, wenn hierüber eine notarielle Urkunde nach Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht errichtet wurde?

Nach gemeinem Rechte: fr. 6, fr. 23 pr. de her. vel act. vend. (18, 4), Const. 6, 7 de obl. et act. (4, 10), schließt der durch Cession bewirkte Erwerb einer Forderung kraft des Gesetzes auch den Erwerb der für eine solche Forderung bestellten Pfandrechte in sich.

Es bedarf hiernach einer ausdrücklichen Uebertragung des Pfandrechtes an den Cessionar zur Begründung des Ueberganges dieses Pfandrechtes an ihn nicht, sondern es genügt die Cession der Forderung.

Es kann also, da jene gemeinrechtliche Vorschrift so wie die hiemit übereinstimmenden Vorschriften einzelner Provinzialgesetzgebungen durch das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 nicht speziell aufgehoben sind, der Cessionar einer Hypothekforderung den Eintrag des Ueberganges dieser Hypothekforderung an ihn auch in dem Falle in Anspruch nehmen, wenn bei der Cession lediglich der Forderung, nicht aber auch des Umstandes Erwähnung geschehen

ist, daß für dieselbe eine Hypothek im Hypothekenbuche eingetragen sei.

Nach §. 9 des erwähnten Hypothekengesetzes ist nur zum Erwerbe einer Hypothek ein spezieller Rechtstitel erforderlich; ist aber die Hypothek für eine Forderung bereits auf dem Grunde eines solchen Rechtstitels gültig bestellt, dann bedarf es zum Uebergange dieses dinglichen Nebenrechtes an einen Anderen nur des Ueberganges der persönlichen Forderung an ihn, weil nach den klaren, nirgends abrogirten Bestimmungen des Civilrechtes das persönliche Forderungsrecht als das Hauptrecht auch bei der Uebertragung an dritte Personen die dingliche Nebenberechtigung unmittelbar zur Folge hat.

Es ist daher auch in jenen Landestheilen, wo die Gültigkeit der Cession einer Forderung und namentlich einer Hypothekenforderung nicht durch Errichtung einer öffentlichen Urkunde bedingt ist, nicht nothwendig, daß bei der Cession einer mit einer Hypothek versicherten Forderung eine notarielle Beurkundung nach Art. 14 des Notariatsgesetzes eintrete. Denn wenn auch mit einer solchen Cession der Erwerb eines dinglichen Rechtes verbunden ist, so tritt doch dieser Erwerb nicht in Folge einer speziell hierauf gerichteten freiwilligen Uebertragung, sondern unmittelbar kraft des Gesetzes und ganz unabhängig von einer solchen Uebertragung ein.

Der allegirte Art. 14 des Notariatsgesetzes bezieht sich aber ganz klar sowohl nach seinem Wortlaute als nach seinem Geiste nur auf solche Verträge, welche den Erwerb von dinglichen Rechten speziell zum Gegenstande haben, sohin offenbar nicht auf solche Verträge, welche ein persönliches Recht zum Gegenstande haben, mit dessen Begründung die Gesetze aber ein dingliches Nebenrecht erwerben lassen.

Nur in dem Falle, wenn das Hypothekenrecht

durch Vertrag oder einseitige Willenserklärung von der Forderung, wofür die Hypothek bestellt war, getrennt und auf eine andere Forderung übertragen werden soll, so wie auch im Falle des §. 84 des Hypothekengesetzes, ist eine notarielle Beurkundung zur Gültigkeit der Uebertragung nothwendig, weil hier der Vertrag lediglich das Recht der Hypothek zum Gegenstande hat.

Wo dieß nicht der Fall ist, sondern das Hypothekenrecht mit der Forderung, für welche die Hypothek bestellt war, bei der Cession verbunden bleibt, ist es für den Uebergang der Hypothek auf den Cessionar genügend, daß nur das Recht der Forderung auf ihn übergeht, wie dieß sogar in einem ganz analogen Falle durch §. 63 des Hypothekengesetzes verordnet ist.

Hier geht nämlich die Hypothekberechtigung ebenfalls kraft des Gesetzes auf einen Anderen über, wenn ein dritter Hypothekgläubiger die bereits eingeklagte Hypothekforderung des ursprünglichen Gläubigers ablöst, und es bedarf nach Abs. 2 jenes §. 63 für diese Wirkung lediglich des Nachweises der Zahlung.

Hieraus geht hervor, daß da, wo das Gesetz den Uebergang der Hypothek auf einen anderen Gläubiger statuiert, nur die Thatfache, welche die Voraussetzung des kraft des Gesetzes erfolgenden Ueberganges enthält, nicht aber eine spezielle Uebertragung des Hypothekenrechtes durch die Bethelligten zum wirklichen Uebergange erforderlich ist.

Die Cession der persönlichen Forderung ist nun ebenfalls nach dem gemeinen Civilrechte eine Thatfache, welche den Uebergang des Pfandrechtes in Gemäßheit des Gesetzes zur Folge hat, folglich muß auch in diesem Falle jene Cession für den Uebergang der Hypothek an den Cessionar hinreichend sein.

Wenn nun aber im Cessionsvertrage ausdrücklich stipulirt worden ist, daß die Forderung und die

hiefür im Hypothekenbuche eingetragene Hypothek an einen Anderen übergehen solle, so entsteht die Frage, ob, wenn dieser Vertrag nicht notariell beurkundet ist, der Uebertragungsakt ungiltig sei und daher die Forderung mit ihrem Pfandrechte auf den Cessionar nicht übergehe.

Diese Frage muß, so scheinbare Gründe auch für die Bejahung sprechen, doch entschieden verneint werden.

Es ist zwar in solchem Falle allerdings über ein dingliches Recht wenigstens nebenher eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so daß die Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes Anwendung finden zu müssen scheint; allein da schon die Cession der persönlichen Forderung die Uebertragung der Hypothek auf den Cessionar kraft des Gesetzes zur Folge hat, so ist die spezielle Uebertragung derselben an den letzteren ganz überflüssig und kann der Umstand, daß dieser Akt hinsichtlich der Nebensache ungiltig war, die gesetzliche Wirkung des bezüglich des Hauptrechtes giltigen Aktes nicht aufheben.

Denn ein Recht, welches Jemanden aus zwei Gründen zusteht, fällt nicht deshalb hinweg, weil einer dieser Gründe unwirksam ist, sondern dieser Umstand hat nur zur Folge, daß der Berechtigte seinen Anspruch lediglich aus dem giltigen Rechtstitel geltend machen kann.

Es ist hier dasselbe Verhältniß, als wenn Jemand mit einem Werkmeister, welcher ihm ein Haus erbaut hat, eine Berechnung pflegt und ihm wegen der hiebei festgestellten Forderung eine Hypothek in einer Privaturkunde konstituiert. Dieser vertragsmäßige Rechtstitel wäre zwar nach Art. 14 des Notariatsgesetzes ungiltig; allein Niemand wird behaupten, daß der Werkmeister deshalb auch des nach §. 12 Nr. 9 des Hypothekengesetzes ihm zustehenden gesetzlichen Rechtstitels verlustig werde.

Sowie hier die an keine öffentliche Verlautbarung geknüpfte Feststellung der Forderung vollkommen gültig ist, wenn auch die Einräumung des freiwilligen Rechtstitels zur Hypothek der Gültigkeit ermangelt, und sowie der durch jene Feststellung der Forderung begründete gesetzliche Rechtstitel dennoch aufrecht bleibt, wenn auch der freiwillig eingeräumte Rechtstitel abfällig ist, so muß auch in dem Falle, wo Jemand in einer Privaturkunde einem Anderen seine persönliche Forderung nebst der ihm hiefür zustehenden Hypothek abtritt, die Cession der ersteren als der Hauptsache gültig sein, und der gesetzliche Uebergang des Pfandrechtes eintreten, wenn auch die freiwillige Abtretung des Hypothekenrechtes als solche ungültig ist.

Mit Unrecht würde man einwenden, daß die Ungültigkeit der Uebertragung der Hypothek auch die Ungültigkeit der Uebertragung der Forderung nach sich ziehe.

Denn da die Forderung die Hauptsache, das Pfandrecht aber nur ein Accessorium, eine Nebensache ist, und nach den Gesetzen: fr. 129 §. 1, fr. 178 de reg. jur. (50, 17), nur die Ungültigkeit des Geschäftes über die Hauptsache die Ungültigkeit desselben über die Nebensache nach sich zieht, nicht aber umgekehrt, und da speziell nach §. 2 des Hypothekengesetzes nur die Ungültigkeit der Forderung die Ungültigkeit der Hypothek, nicht aber die Ungültigkeit der letzteren jene der ersteren, zur Folge hat, so ist es einleuchtend, daß die Cession der Forderung deshalb nicht unwirksam sei, weil die hiemit verbundene Cession des accessorischen Rechtes wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig ist.

Der entgegengesetzten Ansicht steht schon die gesetzliche Regel in fr. 1 §. 5 de verb. oblig. (45, 1): *utile per inutile non vitiatur*, — geradezu entgegen; es würden aber auch, wollte man den vorliegenden

Fall anders beurtheilen, ganz absurde Folgerungen daraus hervorgehen.

Wenn z. B. Jemand in einer Privaturkunde ein Kaufgeschäft über Mobilien mit einem Anderen abschließt, hiebei dem Käufer wegen des Kauffschillings Kredit gibt, und dieser dem Verkäufer deshalb einen Hypothektitel einräumt, so müßte man nach jener Ansicht auch das Kaufgeschäft als ungiltig ansehen, weil die Hypothekbestellung formell ungiltig war. Dieß wird doch wohl Niemand im Ernste behaupten wollen.

Allerdings kann der Verkäufer unter gewissen Umständen vom Vertrage abgehen, wenn der Käufer sich weigert, den Hypothektitel in gesetzlicher Form zu errichten; allein der Anspruch auf Aufhebung des Vertrages würde nicht in der Nichtigkeit des Kaufgeschäftes, sondern in dem Wegfallen der Voraussetzung liegen, daß ihm für den Kauffschilling eine Hypothek bestellt werde; er würde aber sofort wegfallen, wenn der Käufer nach erhobener Klage des Verkäufers Zahlung leistet, oder eine notarielle Urkunde errichten läßt.

Wäre der ganze Vertrag nichtig, so würde er durch diese nachfolgenden Thatfachen nicht konvalésziren: fr. 17 §. 4 de pactis (2, 4), fr. 29, 201, 210 de reg. jur. (50, 17), — und doch wird Niemand läugnen wollen, daß der Verkäufer nicht weiter auf seinem Anspruche beharren könne, wenn der Käufer später das Eine oder Andere bewerkstelligt, weil dann die Voraussetzung des ersteren in Erfüllung gegangen ist.

Gerade so verhält es sich auch — und zwar in noch erhöhtem Maße — bei der Cession einer Hypothekforderung.

Eine solche Forderung begreift die persönliche Forderung und nebstdem das für sie bestellte Pfandrecht in sich, es ist aber durchaus unrichtig, beide

Rechtsverhältnisse als untrennbares Ganzes ansehen zu wollen, weil zwar ein Pfandrecht nicht ohne Forderung, wohl aber eine Forderung ohne Pfandrecht bestehen kann, und das Hypothekengesetz selbst die Fortdauer der selbständigen Eigenschaft der persönlichen Forderung der Hypothekbestellung ungeachtet an mehreren Orten, z. B. in den §§. 46 und 49, ausdrücklich anerkannt hat. Hieraus folgt, daß Verfügungen über eine Hypothekforderung theilweise gültig und theilweise ungültig sein können, jedoch mit der aus §. 2 des Hypothekengesetzes fließenden Beschränkung, daß die Ungültigkeit der Verfügung über die Forderung stets die Ungültigkeit der Verfügung über die Hypothek nach sich zieht.

Bei der Cession einer Hypothekforderung tritt aber, wie oben bereits ausgeführt wurde, der besondere Umstand ein, daß die Forderung die Hauptsache ist, sohin die bloß in Ansehung der Hypothek etwa bestehende Ungültigkeit auf die Gültigkeit der Verfügung über die Forderung ohne allen Einfluß bleibt, und daß, wenn auch die Verfügung über die Hypothek als Vertrag ungültig ist, an die Stelle des ungültigen freiwilligen Rechtstitels der hievon ganz unabhängige gesetzliche Rechtstitel zum Uebergange des Pfandrechts an den Cessionar tritt, so daß der letztere auch nicht wegen mangelnder Voraussetzung die Cession anfechten könnte.

Die freiwillige Cession des Hypothekenrechtes ist in einem solchen Falle ein ganz überflüssiges Nebengeschäft, weil ja der Cessionar schon kraft des Gesetzes in das Recht der hypothekarischen Versicherung eintritt; es kann also die Ungültigkeit dieses Nebengeschäftes das Hauptgeschäft selbst, abgesehen von der Vorschrift des fr. 1 §. 5 de verb. obl., auch aus dieser Rücksicht in Gemäßheit des fr. 95 de reg. jur. nicht unwirksam machen.

Der Cessionar darf allerdings in einem solchen Falle nicht den freiwilligen Rechtstitel der Cession des Hypothekenrechtes für seinen Anspruch auf Eintragung seiner Person als Gläubiger in das Hypothekenbuch anführen, sondern er muß sich lediglich auf die Cession der Forderung und auf die gesetzliche Vorschrift bezüglich des Ueberganges des Pfandrechtes an ihn berufen.

...r...

Nachschrift des Herausgebers. Mit vorstehender Erörterung aus der Feder eines hervorragenden Praktikers wollen wir in unseren Blättern eine auch anderwärts ¹⁾ besprochene Frage anregen, welche für die Doctrin eben so interessant, als für die Praxis wichtig ist. Da das Gewicht der einer gegentheiligen Entscheidung der Frage zur Seite stehenden Gründe gewiß nicht gering anzuschlagen ist und vom Herrn Verfasser selbst nicht gering geschätzt wird, so wollen wir die Frage noch als eine offene behandeln und weitere Besprechung derselben vorbehalten.

Was die Praxis in dieser täglich vorkommenden Frage betrifft, so glauben wir nach dem, was wir darüber erfahren konnten, annehmen zu dürfen, daß die meisten Untergerichte für die Cession der Hypothekforderungen notarielle Verlautbarung fordern ²⁾. Auch ist uns ein Urtheil eines Appellations-

¹⁾ Eine Stimme in M. Stenglein's Zeitschr. f. Gerichtspr. u. Rechtswissensch. Bd. II S. 33 gelangt von einem anderen Ausgangspunkte her zu demselben Resultate, wie unser Herr Mitarbeiter. Dagegen hält v. Zink in v. Dollmann's erl. Gesetzb. des R. Bayern Th. II Bd. III S. 433 (zu Art. 14 des Not.-Ges.) bei der Cession des Hypothekentapitales, die Verlautbarung vor dem Notare für nothwendig.

²⁾ Eine Entscheidung eines Bezirksgerichtes in diesem

gerichtet bekannt, welches sich auf dieselbe Rechts-
ansicht gründet. Eine Entscheidung der Frage durch
den obersten Gerichtshof ist uns nicht bekannt ge-
worden.³⁾ Unter diesen Umständen möchte der Rath
nicht überflüssig sein, vorerst noch über die Cession
von Hypothekenforderungen Notariatsurkunden er-
richten zu lassen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber Erbverträge

In einem oberstrichterlichen Erkenntniße wurde
ausgesprochen, daß, wenn Eltern ihr gesamtes
Vermögen einem ihrer Kinder mit der Bestimmung
abtreten, daß sie dasjenige, was den Uebergangs-
schilling übersteigt, als Erbportion behalten sollen,
ein anderes Kind, welches sich durch diesen Vertrag
in seinem Pflichttheile verletzt erachtet, die Klage
hierauf auch nach gemeinem Rechte nur gegen den
Gutsübernehmer, und zwar erst nach dem Tode der
Eltern, erheben könne.

Ein solcher Vertrag enthält nämlich in Bezieh-
ung auf die antizipirte Ueberlassung des Erbtheiles einen
Erbvertrag, welcher nach deutschem Rechte zulässig
ist. Allein da hier der Gutsübernehmer an die
Stelle eines Erben tritt und den Gegenstand der
Erbchaft in Händen hat, der Zweck der Klage aber
dahin geht, daß er das Erhaltene herausgebe, so

Sinne veröffentlicht die Zeitschr. f. d. Notariat in
Bayern Bd. I S. 191 f.

³⁾ Das unten S. 126 f. abgedruckte Erkenntniß v.
29. Jan. 1866 Nr. 287⁶⁵/₆₆ umgeht die Frage.

kann auch die Klage nur gegen diesen selbst gerichtet werden, und zwar um so mehr, als sie ja, wie weiter gezeigt werden wird, erst nach dem Tode der Eltern zulässig ist.

Daß sie aber erst nach Eintritt des Todes der Eltern aufgestellt werden könne, geht klar daraus hervor, daß das den Erbvertrag anfechtende Kind seinen Anspruch nicht aus dem Erbvertrage, sondern aus dem Gesetze ableitet, nach diesem aber ein Erbrecht erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, und von dem Umstande abhängig ist, daß der Erbe den Erblasser überlebe: l. 21 Dig. de adquir. hered. (29, 2).

Daß diese Grundsätze auch bei Erbverträgen Anwendung finden, folgt aus der Analogie der gesetzlichen Bestimmungen über die querela inofficiosae donationis, wo ebenfalls nur gegen den Beschenkten und erst nach dem Tode des Schenkers geklagt werden kann (Glück's Kommentar Bd. 7 S. 117; Seuffert's Lehrb. der Pandekten S. 664).

DAÖErk. v. 15. Febr. 1866 Nr. 360⁶⁵/₆₆.

... r ...

2.

Ueber den Entschädigungsanspruch der Fischereiberechtigten nach dem Wasserbenutzungsgesetze, sowie dem Gesetze über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen, vom 28. Mai 1852.

An einem Privatflusse steht Jemand in einer bestimmten Strecke das Fischereirecht zu. Ueber diesen Fluß hat nun eine Eisenbahngesellschaft mit staatlicher Genehmigung eine Brücke erbaut, weil der Schienenweg hinüberführt, und diese Gesellschaft die diesseits und jenseits des Flusses gelegenen Grundstücke zum Behufe dieses Schienenweges in einer bestimmten Breite erworben hat.

Unterhalb jener Brücke hatte der Fluß eine

starke Krümmung, und es hat daher die Gesellschaft mit Genehmigung der Verwaltungsbehörde einen Durchstich des Flusses bewerkstelligt, und so dem Flusse mit Beseitigung der Krümmung einen geraden Lauf gegeben, um die bei Hochwasser eintretende Ueberschwemmung zu mindern und die Gefahr für die Brücke zu entfernen.

Der Fischereiberechtigte erhob nun gegen die genannte Gesellschaft einen Entschädigungsanspruch, weil die Fische hauptsächlich im Areale der Krümmungen sich aufhielten, durch ihre Beseitigung also der Fischereiertrag bedeutend geschwächt worden sei.

Mit diesem Anspruche wurde derselbe in den beiden Vorinstanzen abgewiesen und die desfallige Entscheidung auch oberstrichterlich bestätigt, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Der fragliche Durchstich ist eine durch die Rücksicht auf das öffentliche Interesse gebotene Vorrichtung, und da die Eisenbahngesellschaft hiezu durch die zuständige Verwaltungsbehörde ermächtigt worden war, so handelt es sich auch um Ausübung eines ihr zur Beseitigung der Gefahren in Folge von Ueberschwemmungen für einen öffentlichen Verkehrsweg, also nicht bloß in ihrem Privat-, sondern auch im allgemeinen Interesse, zustehenden Rechtes.

Es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß Benachtheiligungen eines Dritten in Folge von Anstalten im öffentlichen Interesse, namentlich aber zur Abwendung von Gefahren für das Publikum selbst, keinen Anspruch auf Entschädigung begründen, soferne nicht ein Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme statuiert.

Der vorliegende Durchstich ist nun eine Anstalt zum Schutze gegen Ueberschwemmungen nach Maßgabe des Art. 1 des Gesetzes über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen vom 28. Mai 1852, und bei einer solchen Anstalt ist ein Anspruch auf Entschädigung nur in den Fällen

des Art. 8 Abs. 2, dann der Art. 9 und 10 Abs. 2 vom Gesetze eingeräumt.

Die Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 sowie des Art. 10 Abs. 2 sind selbstverständlich hier nicht gegeben, aber auch jene des Art. 9 sind nicht vorhanden, weil hier nur von der Entwährung eines Grundstückes zum Behufe eines Uferschutzbaues die Rede ist.

Die Vorschrift des Art. 35 des Wasserbenützungsgesetzes kann schon deshalb keine Anwendung finden, weil dieser Art. dem ersten Abschnitte der zweiten Abtheilung des Gesetzes angehört, wo bloß von geschlossenem Wasser, von Quellen, Regenwasser und Kanälen gehandelt wird, während im gegebenen Falle von Veränderung eines Rinniales in einem Privatflusse die Rede ist; hinsichtlich der Privatflüsse aber nur die Vorschriften des zweiten Abschnittes der zweiten Abtheilung (Art. 39 und ff.) zur Anwendung kommen.

Die Bestimmung des Art. 57 aber ist hieher ohne Belang, weil in diesem Art. 57 den Fischereiberechtigten nur in dem Falle ein Anspruch auf Entschädigung eingeräumt ist, wenn ein Wasserberechtigter besondere Anlagen zur besseren Benützung des Wassers, folglich zur Beförderung seines Privatvorthelles, mit Beeinträchtigung des gleichen Wasserrechtes eines Anderen errichtet, während der streitige Durchstich lediglich die Abwendung von Gefahren, und zwar im öffentlichen Interesse, zum Gegenstande hat.

Uebrigens zeigt auch dieser Art. 57, da nur hier, und sonst nirgends in beiden Gesetzen den Fischereiberechtigten eine Entschädigungsforderung eingeräumt ist, daß diese Gesetze den Anspruch solcher Betheiligten auf Schadenersatz in allen übrigen Fällen des benachtheiligenden Einflusses von Anlagen und Eingriffen in fremde Rechte ausschließen wollten.

Da endlich diese beiden Spezialgesetze alle Fälle der Entschädigungspflicht beeinträchtigter Dritter aufführen, so kann auf das allgemeine Entwährungsgesetz vom 17. Nov. 1837 nicht recurriert werden, wenn nicht in jenen Spezialgesetzen ausdrücklich darauf verwiesen wird.

DAßGef. v. 15. Febr. 1866 Nr. 321⁶⁵/₆₆.

Nachschrift des Herausgebers. Nicht die vorstehende Entscheidung selbst, wohl aber mancher Satz ihrer Motivirung, dürfte zu Bedenken Anlaß geben. Wir wollen diese jedoch, da uns ein tieferes Eingehen in die allerdings zweifelhaften Fragen hier zu weit führen würde, nur andeuten.

1) Die im ersten Absätze der vorangeführten Entscheidungsgründe erwähnte Ermächtigung zum fraglichen Wasserbaue durch die zuständige Verwaltungsbehörde dürfte nicht geeignet sein, von einer Entschädigungspflicht, wenn eine solche wirklich bestünde, zu befreien.

2) Der im zweiten Absätze ausgesprochene Grundsatz dürfte zu allgemein gefaßt sein.

3) Der Art. 9 des Ges. über den Uferschutz u. dürfte nicht auf die Entwehrung von Grundstücken zu beschränken sein. Vgl. Zwangsabtretungsges. v. 17. Nov. 1837 Art. II.

4) Dürfte sich die Forderung einer Entschädigung, wie sie in obigem Falle verlangt wurde, nicht schon nach der Natur des Fischereirechtes als ungegründet darstellen? — insoferne nämlich dieses nur die ausschließliche Befugniß ertheilt, sich in einer bestimmten Strecke eines Flusses oder Baches diejenigen Fische anzueignen, welche (unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Art des Fischfanges) gefangen werden können, ohne daß dasselbe auf einen gewissen Ertrag Anspruch gäbe.

3.

Ueber die Wirkung der Cession eines bereits gekündigten Kapitals.

Hierüber entnehmen wir oberstrichterlichen Entscheidungsgründen Nachstehendes:

Der Beklagte hat den Rechtsbestand der eingeklagten Hypothekkapitalien zu 12500 fl. nicht zu bestreiten vermocht, sondern außer dem ganz irrelevanten und unbegründeten Vorbringen, daß bei der dinglichen Natur der Klage der Antrag auf Einleitung des Executivprocesses unzulässig sei, gegen die Klage in der Hauptsache nur erinnert, daß sie deshalb verfrüht erscheine, weil die vormals forderungsberechtigte Cedentin Susanne G. die Kapitalien nicht mehr habe künden können.

Mit Recht haben aber beide Vorinstanzen auch diesen Einwand für unbegründet erkannt. Denn abgesehen von der Frage, ob die Cession einer Hypothekforderung nach den Bestimmungen der §§. 12, 14 u. 16 des Notar.-Ges. v. 1861 ohne notarielle Beurkundung rechtswirksam sei¹⁾, und abgesehen davon, ob nicht auch der Klage de pr. 8. April 1865 die Rechtswirkung der Kündigung beizulegen sei, hat der Beklagte jenen Einwand lediglich dadurch zu begründen versucht, daß ihm die Cedentin in einem Briefe vom 10. Nov. 1864 erwidert habe, sie könne in der Sache nichts mehr verfügen, da sie das Kapital an ihren Sohn Johann in R. abgetreten habe.

Daraus ergibt sich keinesweges die vom Beklagten behauptete Folgerung, daß dieselbe bereits am 2. Nov. 1864, wo sie durch ihren Anwalt das Kapital brieflich kündigen ließ, oder am 9. Nov. 1864, wo sie durch denselben die Hypothekzinsenklage bei

¹⁾ Vgl. über diese Frage die Erörterung S. 112 ff. und Nachschrift S. 120 f.

dem f. Landgerichte P. stellen und damit die gerichtliche Aufkündigung der Kapitalien verbinden ließ, diese Kapitalien an ihren Schwiegersohn, den jetzigen Kläger, cedirt gehabt habe, und deshalb nicht mehr zur Kündigung legitimirt gewesen sei, da sie selbst in dem Falle, daß sie ohne notarielle Beurkundung rechtswirksam hätte cediren können, solche Cession immerhin erst nach der Kündigung vom 2. und 9. Nov. 1864 hatte vornehmen und darnach jenen ausweichenden Brief vom 10. Nov. an den Beklagten hatte richten können. War aber die Cession, welche erst am 25. Febr. 1865 notariell beurkundet wurde, erst nach jener Kündigung durch die Cedentin erfolgt, so war nicht nur diese zur Kündigung noch vollkommen berechtigt, sondern konnte auch ihr Cessionar die Forderung als eine bereits gekündete mit allen Rechtswirkungen gerichtlich geltend machen.

OABerf. vom 29. Jan. 1866 Nr. 287^{65/66}.
77.

4.

Anerkennung einer Schuld auf Grund einer Berechnung als selbständiger Klaggrund.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Es fragt sich, ob die Behauptung der Kläger, es sei die eingeklagte Schuld auf Grund einer Berechnung anerkannt worden, als ein *constitutum debiti proprii* aufzufassen sei und somit einen selbständigen Klaggrund bilde, oder aber, ob darin nur eine gewöhnliche Anerkennung, ein außergerichtliches Geständniß, zu erblicken sei.

Die erstere vom Appellrichter angenommene Ansicht mußte als die richtige erscheinen.

Abrechnungen zwischen Gläubiger und Schuldner, insofern dabei die Absicht darauf gerichtet ist, ein unklares, unsicheres, auf vielem Detail beruhendes

des Schuldverhältniß zu fixiren und in einem für die Zukunft maßgebenden Schuldbekennnisse zusammenzufassen, begründen ohne Zweifel selbständige Klage.

Von demjenigen, welcher sich auf eine solche Abrechnung stützt, kann auch offenbar nicht verlangt werden, daß er die einzelnen Posten der Rechnung namhaft mache. Denn es ist ja gerade der Zweck der Abrechnung, eine solche Spezialisirung unnöthig zu machen; am allerwenigsten könnte übrigens ein solches Verlangen in Fällen gestellt werden, wie vorliegender, wo Erben klagen, die von den einzelnen Rechnungsposten vermuthbar keine Kenntniß haben.

Ganz mit Unrecht macht Beklagter geltend, die Behauptung einer Abrechnung sei nicht genügend substantzirt, weil die Angabe der verrechneten Gegenforderungen fehle.

Zum Begriffe einer Berechnung gehört nicht, daß Gegenforderungen oder gar eine größere Zahl von Gegenforderungen in Abrechnung kommen; man kann recht gut auch dann von einer Berechnung sprechen, wenn eine Anzahl kleinerer Schuldposten liquidirt und durch Zusammenrechnen die Gesamtschuld ermittelt wird.

Jedenfalls bildet eine derartige Berechnung, ihrer Absicht nach, ein *constitutum debiti proprii*.

Hienach hat also das k. Appell.-Gericht mit Recht die behauptete Berechnung mit Anerkennung zum Gegenstande einer besonderen Beweisauflage gemacht.

DAßGrf. v. 29. Jan. 1866 Nr. 205^{65/66}.
77.

Verichtigungen. Im Register zu Bb XXX S. VII: Form der Erbverträge ist die Seitenzahl „266“ statt: „206.“

Oben S. 59 Z. 4 v. o. statt: „Stamm-“ lies: „Rang.“

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: In welchem Sinne ist Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1 des bayerischen Landrechtes aufzufassen? — Kann gegen eine sofort liquide Forderung mit einer noch illiquiden Gegenforderung nach Preussischem Landrechte kompensirt werden?

In welchem Sinne ist Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1 des bayerischen Landrechtes aufzufassen?

(Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXVII S. 401.)

Durch die bezeichnete Stelle des LR. wird verordnet:

„Ist jeder Debitor, er seye gleich von
„was Stand, Reumuth und Vermö-
„gen, wie man immer will, auf Be-
„gehren seines Gläubigers die Schuld
„bey Vermeidung der Execution zu
„verbürgen gehalten.“

Nediglich unter Bezugnahme auf diese Vorschrift und ohne Angabe eines besonderen Grundes hat jüngst ein Gläubiger seinen Schuldner auf Verbürgung oder sofortige Zahlung seiner noch auf längere Zeit gestifteten Rauffchillingsforderung gerichtlich belangt und die mit der Sache befaßten beiden Instanzen (Bezirks- und Appell.-Gericht) haben diesem Antrage auch stattgegeben.

Der Wortlaut obiger Vorschrift scheint über die Richtigkeit dieser Entscheidung gar keinen Zweifel zuzulassen; da aber eine Bestimmung, nach welcher jede Schuld auf einseitigen Antrag des Gläubigers kraft des Gesetzes verbürgt werden müßte, den bürgerlichen Verkehr auf jedem Schritte hemmen und Chikanen aller Art hervorrufen würde, so hat man genügende Veranlassung, dem Wortlaute

jener Stelle zu misstrauen, und es ist demnach sehr erklärlich, daß über den wahren Sinn derselben schon häufig vor Gericht gestritten worden ist.

Durch das in diesen Blättern Bd. XXVII S. 401 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß vom 26. Sept. 1862 ist die Frage keineswegs erschöpft, weil dasselbe, indem es eine Darlehensforderung zum Gegenstande hat, mit besonderer Rücksicht auf diese Eigenschaft der Forderung und in einer Weise motivirt ist, welche die Entscheidung über Forderungen anderer Art offen läßt, und weil, obwohl gesagt wird, daß fragliche Stelle restrictive aufzufassen sei, doch ein bestimmter Grund der Restriktion nicht angeführt, sohin auch deren Tragweite nicht ersichtlich ist.

Gemeinrechtlich wird die Verbindlichkeit zur Bürgschaftstellung entweder durch Privatwillen (*satisfactio voluntaria*) oder durch spezielle Rechtsvorschrift (*satisfactio necessaria*) begründet: fr. 7 §. 1 qui satisfacere cog. (2, 8). — Fehlt es an einem solchen Titel, so kann sie in der Regel nicht Platz greifen: Const. 2 de hered. et act. vend. (4, 39), sie kann jedoch ausnahmsweise aus besonders erheblichen Gründen vom Richter auferlegt werden: fr. 41 de judiciis (5, 1).

Hätte die bayerische Gesetzgebung durch Kap. X §. 7 Nr. 1 eine vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung zu treffen beabsichtigt, so wäre dieses in den Anmerkungen sicher gezeigt worden, da sich der Verfasser derselben, wie er in der Vorrede sagt, zur Aufgabe gesetzt hat, die Abweichungen des statutarischen vom gemeinen Rechte überall hervorzuheben, und sein ganzes Werk das sprechendste Zeugniß liefert, mit welcher Sorgfalt er dieser Aufgabe nachzukommen bemüht war. Nicht nur aber, daß von einer Abweichung in den Anmerkungen keine Rede ist, wird sich in denselben zur Erklärung des

§. 7 Nr. 1 noch überdies auf einen gemeinrechtlichen Schriftsteller (Lauterbach) bezogen.

Die Ausdrucksweise dieses Schriftstellers ist am betreffenden Orte allerdings nicht lobenswerth, und aller Wahrscheinlichkeit gemäß hat dieselbe zu der — nach unserem Erachten sehr unglücklichen — Redaction des §. 7 Nr. 1 die Veranlassung gegeben; nichtsdestoweniger aber kann kein Zweifel darüber bestehen, daß sich Lauterbach hier mit der oben angeführten gemeinen Rechtslehre in Uebereinstimmung befindet.

Er sagt (Lib. 46 tit. 1 §. 17) wörtlich:

„Fideiussorem debitor dare solet; et tene-
tur, si creditor exposcat, cujuscunque ille
sit dignitatis et conditionis, etiam ditissimus
et sine omni suspicione.“

Mit diesen Worten kann unmöglich die Behauptung beabsichtigt sein, daß jede Schuld kraft des Gesetzes zu verbürgen sei, weil Lauterbach (§. 4) an der Eintheilung in *satisfactio voluntaria et necessaria* festhält, und diese Eintheilung neben solcher Behauptung ein logisches Uindig wäre.

Zum Beweise seiner Aufstellung citirt Lauterbach fr. 1 §. 1 ut leg. seu fideicomm. serv. cav. (36, 3) und fr. 3 §. 5 si cui plus quam per leg. Falc. (35, 3).

Erstere Stelle bezieht sich auf die im vorausgehenden prooemium angeordnete Bürgschaft, welche der Erbe dem Legatar wegen der Legatsentrichtung zu stellen hat, und lautet: „Semper autem satisfacere cogitur, cujuscunque sit dignitatis vel facultatum quarum cunque heres“. In der zweiten Stelle wird, nachdem im vorhergehenden fr. 1 pr. angeordnet worden, daß der Legatar dem Erben wegen der quarta Falcidia Bürgschaft stellen müsse, gesagt: „Item sciendum est, fiscum hanc cautionem non pati, — Ceteros autem, cujus-

cunque dignitatis sint, — compelli debere ad cavendum D. Pius rescripsit“.

Beide Stellen sagen also mit Bezug auf zwei besondere Fälle der *satisfactio necessaria* nichts weiter, als daß Rang und Reichthum des Schuldners keine Gründe seien, um ihn von einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Bürgschaftstellung zu befreien; und deshalb kann denn auch der Sinn der obenbemerkten Behauptung Lauterbach's, indem er sie durch diese Gesetzstellen zu beweisen sucht, nicht darin liegen, daß jede Schuld zu verbürgen sei, sondern darin, daß die Bürgschaft, wenn ein dieselbe begründendes Rechtsverhältniß vorliegt, von jedem, auch dem angesehensten und reichsten, Schuldner gestellt werden müsse.

Und in diesem nämlichen Sinne haben wir auch Kap. X §. 7 Nr. 1 aufzufassen; aber nicht bloß deshalb, weil diese Stelle nach Frhrn. v. Kreittmayr's Bemerkung mit Lauterbach's Theorie im Einklange steht, sondern auch noch aus anderen, dem Landrechte unmittelbar zu entnehmenden, Gründen.

Das Eingangs erwähnte oberstrichterliche Erkenntniß sagt, daß §. 7 Nr. 1 eine bereits exekutionsreife Schuld voraussetze. Dieser Annahme wird man nicht beitreten können; denn die exekutive Beitreibung der Schuld ist ja gerade das Präjudiz, unter welchem das Gesetz den Schuldner zur Verbürgung anhält, sohin ist es die Unterlassung der Bürgschaftstellung, wodurch die Schuld erst zu einer exekutionsreifen gemacht wird.

Auch Forderungen, welche zwar nicht exekutionsreif, aber bereits fällig sind, kann das Gesetz nicht im Auge haben, weil hier der Gläubiger schon an und für sich auf sofortige Zahlung zu dringen berechtigt, es also selbstverständlich ist, daß er dem einen Zahlungsausschub verlangenden Schuldner als Bedingung desselben die Verbürgung, ohne daß er

der Hilfe des §. 7 Nr. 1 bedürftig wäre, einseitig vorschreiben kann.

Demnach kann sich die ganze Bedeutung dieser Gesetzesstelle nur auf vertagte Forderungen erstrecken; aber gerade für diese besteht eine vom Wortlaute des §. 7 Nr. 1 abweichende Vorschrift.

Nach Thl. IV Kap. II §. 3 Nr. 8 findet nämlich, wenn eine gewisse Zahlungs- oder Aufkündigungszeit bedungen wurde, vor Ausgang derselben die Darlehensklage nicht statt, ausgenommen so viel den Kautionspunkt im Falle drohender Verlustgefahr betrifft. Diese Bestimmung hat der Gesetzgeber, welchem kein vernünftiger Grund vorliegen konnte, sie nur für Darlehensforderungen gelten zu lassen, durch Kap. XIV §. 9 Nr. 3 auf vertagte Schulden jeder Art ausgedehnt, indem hier von der Zahlungszeit überhaupt und ohne Unterschied der Forderungstitel gehandelt und dabei gesagt wird, daß, wenn eine gewisse Zahlungszeit bestimmt ist, der Gläubiger solche regulariter abzuwarten habe. Das im Texte des Gesetzes befindliche Wort „regulariter“ zeigt uns, daß die Befugniß des Gläubigers, bei drohender Verlustgefahr schon vor der Verfallzeit des Darlehens aufzutreten, auch hieher, d. i. auf Forderungen jeder Art zu beziehen ist, wie dieses auch in den Anmerkungen zu Kap. XIV §. 9 Nr. 2, lit. b, unter Bezug auf das Landrecht v. J. 1616 Tit. XIII Art. 3, welcher von gefährdeten Forderungen jeder Art handelt, mit den bestimmtesten Worten gesagt wird.

Erstreckt sich nun jene Bestimmung nicht bloß auf Darlehen, sondern auf Forderungen jeder Art, so ist sie nicht minder als die in Kap. X §. 7 Nr. 1 gegebene Vorschrift eine allgemeine, und beide Stellen können sich also nicht, wie das erwähnte oberstrichterliche Erkenntniß anzudeuten scheint, zu einander in dem Verhältnisse von Regel und Ausnahme befinden; sie stehen vielmehr, wenn Kap. I

§. 7 Nr. 1 wirklich den durch seinen Wortlaut an-
gezeigten Sinn hat, in offenbarem Widerspruche, —
weil, wozu der Schuldner unbedingt schon kraft des
Gesetzes verbunden ist, nicht erst noch von einem
durch den Gläubiger herzustellenden Nachweise
drohender Verlustgefahr abhängen kann.

Dieser Widerspruch zwingt uns, §. 7 Nr. 1
in einem anderen Sinne aufzufassen.

Wäre jeder Schuldner schon bloß deshalb,
weil er Schuldner ist, zur Bürgschaftstellung ver-
bunden, so müßte nothwendig auch jeder Gläubiger
berechtigt sein, dieselbe zu verlangen; alldann aber
hätte der Gesetzgeber in Kap. X §. 6 Nr. 1 diese
Berechtigung sicher auch ausgesprochen, anstatt sich
auf den Satz zu beschränken, daß man, um für sich
einen Bürgen begehren zu können, ein Creditor sein
müsse, aus welchem Satze nach den Gesetzen der
Logik noch lange nicht folgt, daß man, wenn man
Gläubiger ist, ohne Weiteres auch einen Bürgen
verlangen könne.

Bei der nothwendigen Wechselbeziehung, in
welcher §. 6 Nr. 1 und §. 7 Nr. 1 zu einander
stehen, wird man letzterer Stelle vor Allem den
Gedanken beizulegen haben, daß man, um zur
Bürgschaftstellung verpflichtet zu sein, ein
Schuldner sein müsse; und dann wird es auch
wohl begreiflich, wie sich die Anmerkungen hier der
Worte bedienen konnten:

„Debitor allein ist derjenige, welcher auf
Begehren des Creditoris einen Bürgen
stellen muß, —“

welche Wortstellung außerdem nicht nur höchst wun-
derlich, sondern geradezu unerklärlich wäre.

Auch aus den Marginalien zu §. 6 u. §. 7
(Wer die Verbürgung begehren oder an-
nehmen könne und von wem?) ersieht wir,
daß sich der Gesetzgeber hier nur die Aufgabe gestellt
habe, das subjective Verhältniß der Berechtigten

und Verpflichteten, nicht aber auch die objektiven Erfordernisse der Bürgschaftstellung, zu behandeln.

Dadurch, daß letztere mit Stillschweigen umgangen sind, ist unzweideutig an den Tag gelegt, daß hinsichtlich derselben lediglich auf die allgemeine Lehre von den Wirkungen der Verträge und der letztwilligen Verfügungen und auf die im Gesetzbuche zerstreuten, eine Verbürgung für einzelne besondere Fälle anordnenden Vorschriften verwiesen werden wollte.

Indem aber der Gesetzgeber die subjektiven Verhältnisse des Schuldners in Erwägung zog, mußte ihm die Frage vorschweben, ob denn, da die Verbürgung Sicherheit durch eine fremde Person bezwecke, die Verbindlichkeit zu derselben bei angesehenen oder reichen Schuldnern nicht von selbst hinwegfallen müsse, indem ja bei diesen die durch die Verbürgung bezielte Sicherheit schon durch deren eigene Person gegeben sei?

Diese Frage nun hat er in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte verneint, und diese Verneinung ist es, welche neben dem Satze, daß zur Bürgschaftstellung nur ein Schuldner verbunden sei, den Schwerpunkt von Kap. X §. 7 Nr. 1 bildet; so daß der wahre Sinn dieser Stelle dahin zu präzisiren sein wird:

„Zur Bürgschaftstellung ist unter der Voraussetzung eines dieselbe begründenden Rechtstitels jeder Schuldner verpflichtet, wie angesehen oder reich er nur immer sein möchte.“

Dieser Fall mahnt wieder nachdrücklich an die in fr. 24 de legibus (1, 3) gegebene Rechtsregel, nach welcher es ungebührlich ist, das Urtheil nach einer einzelnen Gesagten zu sprechen, ohne das ganze Gesetz in Betracht gezogen zu haben.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Kann gegen eine sofort liquide Forderung mit einer noch illiquiden Gegenforderung nach Preussischem Landrechte kompensirt werden?

Bl. f. RM. Bd. IV S. 129; Bd. XX S. 407; Bd. XXI S. 80;
Bd. XXIV S. 265.

Das Preussische Landrecht verordnet in Th. I
Tit. 16 §. 359:

„Ist die Forderung des Einen eingeräumt, oder sonst sogleich klar, die andere aber wird von dem Gegentheile noch bestritten: so findet die Kompensation nur in so fern statt, als die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Prozeßordnung sofort liquide gemacht werden kann.“

In der Anwendung dieser Gesetzesstelle ist die Praxis nicht übereinstimmend. Großen Theils folgte sie bisher der in diesen Blättern Bd. IV S. 129 ff. enthaltenen Erörterung, die zum Ergebnisse hat: daß, wenn auch die Klagesforderung eingeräumt oder sonst sogleich klar sei, dem Verklagten dennoch durch eine Beweisauflage zur Liquidmachung seiner bestrittenen Gegenforderung Gelegenheit gegeben werden müsse, — so daß bezüglich der obigen Frage das preussische Recht in seiner Anwendung in Bayern vollkommen übereinstimmen würde mit der Ansicht, welche der Verfasser jener Erörterung für das gemeine Recht als die richtige darstellt.

Alein für das gemeine Recht ist in neuerer Zeit Theorie und Praxis dieser Ansicht entgegengesetzt, indem von vielen Seiten angenommen wird, daß auch die im ordentlichen Prozesse rechtzeitig entgegengesetzte Kompensationseinrede zur besonderen Austragung zu verweisen sei, wenn der Beweis dieser Einrede voraussichtlich so zeitraubend und verwickelt sein würde, daß derselbe außer Verhältniß zu dem Beweise der Klagesforderung stünde, demnach um so mehr dann, wenn diese gar keines Beweises mehr bedarf und ihr nur die Kompensationseinrede

entgegensteht (vgl. Bangerow, Band. 6. Aufl. Bd. III S. 387 Anm. 2; Ruchta, Band. 8. Aufl. S. 289; Erf. d. Rhein. Cass. u. Rev.-Hofes zu Berlin in Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 163; Erf. des Obertribun. in Stuttgart a. a. O. Bd. V Nr. 123; Erff. des Ober-App.-Ger. zu Lübeck a. a. O. Bd. VIII Nr. 33; Bd. IX Nr. 145 u. 279; Bl. f. RA. Bd. XXI S. 80).

Dieser neueren Ansicht ist selbst Seuffert in den Bl. f. RA. Bd. XX S. 407 ff. für das bayerische Landrecht beigetreten, der bayer. oberste Gerichtshof aber hat in einem Erkenntnisse v. 15. April 1859 (Bl. f. RA. Bd. XXIV S. 265) anerkannt, daß das preußische Landrecht in Th. I Tit. 16 §. 359 ganz dasselbe verordne, was das bayer. Landr. in Th. IV Kap. XV §. 1 Nr. 11 festsetzt.

Wir glauben daher eine neue oberstrichterliche Entscheidung dieser Frage nach preußischem Landrechte mittheilen zu sollen, welcher wir in Nachstehendem eine Darlegung der Grundsätze vorausschicken, von welchen die zweite Instanz bei deren Beurtheilung ausging.

Es ist selbstverständlich, daß, wenn die Kompensation wirksam werden soll, die Gegenforderung liquid sein müsse. In diesem Sinne ist Liquidität der Gegenforderung allgemeine Voraussetzung der Kompensation.

Daraus folgt aber nicht, daß die Gegenforderung immer sofort liquid sein oder gemacht werden müsse, und darum kann es nicht zweifelhaft sein, daß es im Allgemeinen zulässig sei, einer illiquiden Klagsforderung mit einer gleichfalls illiquiden Gegenforderung kompensationsweise zu begegnen, und ebensowenig, daß in solchem Falle die Liquidmachung der Gegenforderung nichts Besonderes habe, daß sie eben auf dem Wege geschehen müsse, der für die gegebene Klagsache einzuschlagen war und eingeschlagen wurde. Hierüber bedurfte es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung nicht, und es ist auch eine solche nicht gegeben.

Wenn nun aber, wie im angeführten §. 359 geschehen, der Fall besonders herausgegriffen wird, da die Klagsforderung zugestanden oder sonst sogleich klar ist, die Gegenforder-

ung aber noch bestritten wird, und wenn es dann heißt, hier finde die Kompensation nur in so fern statt, als die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Prozeßordnung sofort liquid gemacht werden könne, — so ist schon daraus ersichtlich, daß der Gesetzgeber die zur Wirksamkeit der Kompensation nothwendige Liquidstellung der Gegenforderung der Zeit nach begränzen, daß er auf solche Liquidstellung den gewöhnlichen Gang des Rechtsverfahrens nicht angewendet wissen wolle, — Wäre dieses die Absicht des Gesetzgebers nicht, so hätte es des §. 359 a. a. O. gar nicht bedurft.

Nur bei dieser Auffassung harmoniren die §§. 360 u. 361 mit dem §. 359 a. a. O., und für eine solche Auffassung spricht insbesondere der §. 362 a. a. O. Dieser handelt von dem Falle, da es gewiß, daß eine Gegenforderung bestehe, und nur noch streitig ist, wie viel sie betrage, und dennoch soll Kompensation nur stattfinden, wenn und in so weit die Gegenforderung sogleich klar gemacht werden kann. Ist aber dieses eine Voraussetzung der Statthaftigkeit der Kompensation selbst bei einer Gegenforderung, bei welcher nur der Betrag noch nicht feststeht, so muß jene Voraussetzung um so mehr dann eintreten, wenn es noch ungewiß ist, ob überhaupt eine Gegenforderung bestehe.

Daß mit den Worten: „sogleich klar gemacht werden kann“ dasselbe verlangt sei, wie mit dem in §. 359 a. a. O. gebrauchten Ausdruck: „sofort liquid gemacht werden können“, nämlich der sofortige Beweis der Forderung bezw. ihres Betrages, kann einem Zweifel nicht unterliegen.

Gegen eine Forderung, die sofort einzuräumen der Beklagte nicht umhin konnte, oder bezüglich welcher der Kläger sofort mit der Klage Beweismittel vorlegte, gegen deren Tristigkeit nichts Erhebliches erinnert werden kann, soll nach diesen gesetzlichen Vorschriften der Beklagte mit einer vom Kläger bestrittenen Gegenforderung nur dann gehört werden, wenn auch er sofort mit deren Behauptung den Nachweis ihrer Richtigkeit verbinden kann.

Dem steht keineswegs entgegen, daß der §. 359 a. a. O. die Kompensation in sofern als statthaft erklärt, als die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Prozeßordnung sofort liquid gemacht werden kann.

Allerdings ist damit angedeutet, daß über die Art und Weise, wie die Gegenforderung sofort liquid zu machen sei, die Prozeßordnung, und zwar nach den einzelnen Prozeßarten, entscheide. Allein der Nachdruck liegt hier auf dem

„sofort“, wofür jedenfalls spricht, daß der §. 362 a. a. O., welcher doch einen Fall behandelt, in welchem die Lage des Verklagten günstiger ist als im Falle des §. 359, die Worte: „nach Vorschrift der Prozeßordnung“ nicht wiederholt.

Es dürfte daher nicht richtig sein, aus den Worten „nach Vorschrift“ u. s. w. zu schließen, ein sofortiger Nachweis sei nur dann erforderlich, wenn die Prozeßart, in welcher die Sache verhandelt wird, den Verklagten überhaupt verpflichtet, seine Einreden sofort zu beweisen, z. B. im Exekutiv- und Wechsel-Prozesse. Im Gegentheile ist wohl nur der Schluß richtig: wenn einmal die Klagforderung feststeht, die Gegenforderung aber bestritten wird, muß, wenn die Kompensation statthast sein soll, der Verklagte ohne Unterschied der Prozeßart im Stande sein, seine Gegenforderung sofort liquid zu machen; darüber aber, wie diese sofortige Liquidmachung zu geschehen habe, ist die Prozeßordnung maßgebend. Dieß ist von Bedeutung hinsichtlich der Beweismittel, welche je nach der Prozeßart gestattet sind.

Daneben kommt zu bemerken, daß der preußische Prozeß die Geltendmachung einer Gegenforderung im Kompensationswege, d. i. im Wege der Einrede nur zuläßt, wenn die Gegenforderung aus einem und demselben Geschäft mit der Klagforderung entspringt, jede andere Gegenforderung aber zur Rekognition verweist, die niemals in einem und demselben Prozesse mit der Hauptklage verhandelt, also auch niemals die eine durch die andere aufgehalten werden soll (Preuß. G.D. Th. I Tit. 19 §. 1, 9.—13). Zweifelsohne hat auch das Landrecht diese Bestimmungen in den Worten „nach Maßgabe der Prozeßordnung“ im Auge.

Die oben gedachte Erörterung in Bd. 4 der Bl. f. R. R. stützt sich hauptsächlich auf §. 5 a. a. O., wo verordnet ist: wenn Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäft entspringen sind, müsse der Richter beide gleichzeitig instruiren und über beide in einem und demselben Urtheile erkennen, wenn auch gleich die Forderung eher als die Gegenforderung, oder umgekehrt, durch die Instruktion ausgemittelt sein sollte.

Allein hier ist nicht zu übersehen, daß von der Ausmittlung durch die Instruktion die Rede ist. Nach der preuß. G.D. wird auf die Klage ein Termin zur Klagebeantwortung anberaumt, und nach deren Abgabe kommt es zu einem Instruktionstermine, der den Zweck hat, die Par-

teilen über die beim Prozesse vorkommenden Thatsachen noch näher gegen einander zu vernehmen und wo möglich darüber zu vereinigen, die erheblichen und streitig gebliebenen Thatsachen festzuhalten und dieselben durch Aufnahme der darüber vorhandenen Beweismittel möglichst in das Licht zu setzen (Einl. z. G.D. §. 25—32 u. G.D. Th. I Tit. 9 n. 10).

Wenn nun der allegirte §. 5 Tit. 19 a. a. O. von der Ausmittlung der Forderung durch die Instruktion spricht, so setzt dieß offenbar voraus, daß die Forderung bei der Klagbeantwortung nicht eingeräumt wurde, daß sie nicht „sogleich klar“ sei. Von diesem Falle handelt aber auch §. 359 Tit. 16 Th. I des Landrechtes nicht, und in einem solchen Falle ist es selbstverständlich, daß, wenn die Prozeßart nicht entgegensteht, die Liquidmachung der Gegenforderung den gewöhnlichen Gang gehe. Die Liquidmachung erfolgt hier wohl während der Instruktion, es ist dieses aber nicht ein sofortiges Liquidmachen im Sinne des §. 359; wird die Forderung schon in und mit der Klagbeantwortung festgestellt, so ist sie wohl allerdings auch „eher als die Gegenforderung ausgemittelt“, allein es ist dieß nicht „durch die Instruktion“ geschehen.

Somit steht selbst die preuß. G.D. der bisher erörterten Auffassung des eben gedachten §. 359 nicht entgegen, und es fragt sich nun nur noch: ob an dem hienit gewonnenen Ergebnisse dadurch nichts geändert werde, daß jetzt an der Stelle der preuß. G.D. die bayerische steht? — wobei zu bemerken, daß durch diesen Wechsel der Prozeßordnungen die fragliche Vorschrift des Landrechtes, als rein civilrechtliche Bestimmung, unberührt bleibt.

Ohne Zweifel kann diese Bestimmung neben der bayer. G.D. recht wohl bestehen.

Nichts hindert den Beklagten, seine Kompensationseinrede sofort mit der entsprechenden Originalurkunde zu belegen, nichts den Richter, wenn Verklagter auf eine solche auch nur sich beruft, dieselbe ab- und den Gegner aufzufordern, das Original einzusehen, über solches sich zu erklären u. s. w., — wobei nicht zu übersehen ist, daß urkundliche Nachweise gerade in Anwendung des preuß. Landrechtes sehr häufig vorhanden sein müssen, weil dasselbe die Gültigkeit der meisten Rechtsgeschäfte von der schriftlichen Form abhängig macht. Oft mag freilich auch der Verklagte für seine Gegenforderung einen urkundlichen Nachweis nicht haben, so daß er überhaupt nicht im Stande ist, dieselbe sofort liquid zu machen; allein daraus läßt sich nicht folgern, daß es ihm frei stehen müsse, seine Gegenforderung im ge-

gewöhnlichen Rechtswege zu erproben. Unverkennbar nämlich ist es Absicht des Gesetzes, daß der Kläger mit seiner sofort liquiden Forderung nicht hingehalten werde.

Wenn hiegegen eingewendet wird: bevor die richterliche Beweisaufgabe erfolgt sei, könne auch nicht gesagt werden, daß der Beklagte die Gegenforderung, mit welcher er kompensiren wolle, nicht liquid machen könne, so ist dagegen Folgendes zu erwägen. Das Gesetz verlangt eine sofortige Liquidmachung; man kann daher vom Beklagten mit Grund verlangen, daß er, wenn er für seine Gegenforderung urkundlichen Nachweis besitzt, solchen sofort bei dem Vorbringen der Kompensationseinrede vorlege, und ist, wenn die Einrede ohne alle Bezugnahme auf ein Dokument entgegengesetzt wird, anzunehmen berechtigt, daß jeder urkundliche Nachweis mangle.

Allerdings ist der Beklagte nach bayer. Prozeßrechte im Allgemeinen nicht verbunden, seine Einreden in continenti liquid zu machen; allein dieß leidet eine Ausnahme jedenfalls da, wo sofortige Liquidstellung Voraussetzung der Zulässigkeit einer Einrede ist.

Es ist schon erwähnt, daß Seuffert selbst in den Bl. f. N. N. Bd. XX S. 407 sich nach bayer. Landrechte für den Satz ausspricht: wenn im gewöhnlichen Verfahren oder im mündlichen Verhöre der in Ansehung der eingeklagten Forderung geständige Beklagte sich durch Geltendmachung einer noch illiquiden und ohne weittläufige Probe nicht zu liquidirenden Gegenforderung vertheidigt, sei er zur Berichtigung der eingeklagten Forderung zu verurtheilen, und mit seiner Gegenforderung zur besonderen Austragung zu verweisen. —

Wenn nun dieser Satz nach bayer. Landrechte, welches doch ganz auf die jetzt noch geltende O. D. berechnet war, richtig ist, so läßt sich nicht einsehen, warum daraus, daß an die Stelle der preuß. O. D. die bayerische trat, ein Grund dafür soll entnommen werden können, der in Rede stehenden Vorschrift des preussischen Landrechtes, die doch dasselbe enthält, was das bayer. Landr. in Th. IV Kap. XV S. 1 Nr. 11, eine andere Anwendung zu geben. —

Auf ergriffene Oberberufung hat der oberste Gerichtshof die appellationsgerichtliche Entscheidung bestätigt und deren Begründung mit nachstehendem Beifügen gebilligt.

„Revident glaubt, es habe das Wort „sofort“ in der Gesetzesstelle I, 16 S. 359 nicht die vom f.

AG. angegebene Bedeutung, ohne aber darzulegen, welche Bedeutung dieses Wort nach seiner Ansicht haben soll. In der That wäre dieses Wort auch ganz bedeutungslos, wenn hienach die Voraussetzung, daß die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Prozeßordnung liquid gemacht werden kann, keine andere wäre, als das gewöhnliche Liquidmachen im ordentlichen Beweisverfahren des Prozeßes. Nicht allein aber dieses Wort, sondern die ganze gesetzliche Bestimmung des §. 359 wäre bedeutungslos, weil es doch wohl keiner solchen bedarf, um festzustellen, daß eine Gegenforderung, welche gar nicht liquid gemacht werden kann, auch keine Kompensation begründen könne. Man würde ihr aber diesen Sinn unterlegen, wenn man jenes Wort für überflüssig erklärte. — Umgekehrt kann es auch nicht die Intention dieses Gesetzes sein, festzusetzen, daß eine Kompensation überhaupt stattfindet, wenn die Gegenforderung liquid gemacht werden kann, denn das ist, mit anderen Worten, schon im §. 300 dahin bestimmt, daß die Aufrechnung der Verbindlichkeiten, welche durch gegenseitige Anrechnung dessen, was Einer dem Anderen schuldig ist, erfolgt, Kompensation genannt werde. Daß hier nur von liquiden gegenseitigen Verbindlichkeiten die Rede sein kann, bedarf ebenfalls als selbstverständlich keiner besonderen gesetzlichen Bestimmung. — Der §. 359 behandelt aber den Fall, da die Forderung des Klägers eingeräumt oder sonst sogleich klar, die des Beklagten aber vom Gegentheile noch bestritten ist. In diesem Falle soll die Kompensation nur in so ferne stattfinden, als die bestrittene Gegenforderung sofort liquid gemacht werden kann.

Daß hier in der Praxis der bayerischen Gerichte nicht die preussische Prozeßordnung zur Richtschnur genommen wird, sondern die bayerische Gerichtsordnung, ist nicht zu beanstanden.

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, was nach

dem Systeme der bayerischen Gerichtsordnung ein sofortiges Liquidmachen bedeute, jedenfalls nämlich ein solches, welches kein weitläufiges Verfahren voraussetzt (nach dem römischen Gesetzesausdrucke in l. 14 §. 1 Cod. de compens.: „si causa liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare“, -- worauf hier wohl Bezug genommen werden kann, weil diesen Worten derselbe Rechtsatz zu Grunde liegt, wie dem preuß. Landrechte), -- zunächst also nach Analogie der Vorschriften für den Executivprozeß ein urkundlicher Nachweis, indem dem Wesen nach der Beklagte, welcher der liquiden Klagforderung gegenüber mit Kompensationseinreden hervortritt, in derselben Lage sich befindet, wie der Beklagte im Executivprozeße, nachdem Kläger seine Forderung urkundlich festgestellt hat.

Wenn aber auch andere Beweismittel nicht auszuschließen wären, über deren Zulässigkeit Beschluß zu fassen dem Richter frei steht, so müßte doch solche Beweisführung in der für Incidentien im Allgemeinen vorgeschriebenen Beschleunigung vor sich gehen, weshalb auch Beklagter sogleich mit dem Vorbringen seiner Einrede die Beweismittel zu bezeichnen hat, damit der Richter in den Stand gesetzt ist, zu bemessen, ob das Verfahren nicht zu einem weitwendigen auszuarten geeignet sei. S. die Ausführung in Seuffert's Bl. f. R. u. W. Bd. XX S. 406 — 11 und das in Bd. XXIV S. 264 ebendasselbst mitgetheilte oberstrichterliche Erf. vom 15. April 1859.

Ist dieses Verfahren dem, in Einklang mit dem bayer. LM Th. IV Kap. XV §. 1 Nr. 11 und 12, dann den Ann. hiezu Nr. 6 lit. b stehenden Systeme der bayer. GO. nicht widersprechend, so ist es durch die Bestimmung der Prozeßnovelle v. J. 1819 §. 16 über die Beweisanticipation dem Beklagten noch leichter möglich gemacht, die sofortige Liquidstellung seiner Kompensationseinrede herbeizu-

führen. Allerdings besteht hiefür keine Verpflichtung, sondern nur eine Berechtigung; will oder kann der Beklagte aber von dieser Erleichterung keinen Gebrauch machen, so geschieht ihm auch kein Unrecht, wenn er mit seiner illiquiden Einrede zur gesonderten Austragung verwiesen wird, — ebensowenig als dem Kläger, wenn dieser durch Gegenbeweissführungen Weitläufigkeiten herbeiführt, ein Unrecht geschieht, wenn um deswillen die Verweisung der illiquiden Einrede zur besonderen Austragung unterbleibt.

Ganz irrelevant ist die Aufstellung, daß Beklagter nicht im Voraus wissen könne, ob Kläger seiner Einrede widersprechen werde, da ihm die gesetzliche Bestimmung des §. 359 a. a. O. nicht unbekannt sein kann, jedenfalls aber ihm noch Gelegenheit gegeben ist, seine desfallige Nothdurft in der Duplik geltend zu machen.

Eben so unerheblich ist aber auch die Meinung, daß es bei der angenommenen Deutung des Gesetzes dem Beklagten in die Hände gelegt werde, durch muthwilligen Widerspruch der Klage die Zulassung seiner illiquiden Einrede zu erzwingen. Es hat keine Partei das Recht, sich eine Verdienstlichkeit wegen Unterlassung verwerflicher Chikanen zuzuschreiben, am wenigsten in Fällen, wie der vorliegende, da die Klage auf eine Urkunde, auf das vom Beklagten selbst gerichtlich mitgetheilte Testament gestützt ist, daher ein Widerspruch die frechste Frivolität an den Tag legen würde. Wäre aber das Unterlassen der Abläugnung der Wahrheit kein Verdienst, so ist auch das Zugeständniß derselben kein Nachtheil.

Keinenfalls könnte aber das Gesetz Kompensationseinreden im Sinne haben, über deren Substanzirung, wie im vorliegenden Falle, so erhebliche Bedenken bestehen, daß hierüber erst richterliches Erkenntniß in drei Instanzen erlassen werden muß.“

DA&Erf. v. 6. März 1866 Nr. 354⁶⁵/66.

G...r.

Dr. J. A. Henckell's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Der bedingt honorirte Legatar hat nach Eintritt der Bedingung einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer der legitirten Sache. — Ueber die Cession eines Dienstverhältnisses. — Das Eigenthum an einer Pflanzung der Münchener Stadtmairie kann nur durch den Nachweis seiner Erwerbung nach den Vorschriften der Grundbuchordnungen erprobt werden. — In der Unterschrift einer Urkunde liegt eine ausdrückliche Willenserklärung im Sinne des Preuss. Landr. Th. I Tit. 4 §. 60. — Kündigung durch Klagestellung. — Zur Realoffation einer Zahlung ist nicht unbedingt Vorzahlung des Geldes erforderlich. — Ueber den durch §. 12 des Hyp.-Ges. den Ehefrauen eingeräumten gesetzlichen Titel zur Erwerbung einer Hypothek. — Berichtigung.

Der bedingt honorirte Legatar hat nach Eintritt der Bedingung einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer der legitirten Sache.

(Vgl. oben S. 84 u. 85.)

Nach einer a. a. O. mitgetheilten Ausführung, zu deren Befräftigung sich auf ein Erkenntniß unseres obersten Gerichtshofes vom 18. Dec. 1865 bezogen wird, soll der Legatar den vom Erben während des Schwebens der Bedingung veräußerten Gegenstand nicht vom dritten Besitzer vindiziren können, wenn gleich die Bedingung eingetreten ist. In der kurzen Begründung dieser Aufstellung wird zunächst der Standpunkt des gemeinen Rechtes in Bezug auf die vorwürgige Frage berührt. Nach diesem: Const. 3 §. 2—4 commun. de leg. et fideicomm. (6, 43) — könne der Legatar die vom Erben während des Schwebens der Bedingung vorgenommene Veräußerung der vermachten Sache auch gegenüber dem dritten Besitzer aufheben und diese letztere vindiziren. Dieses lasse sich nur daraus erklären¹⁾, daß das Gesetz die

¹⁾ Der Herr Verfasser jener Einsendung scheint in der Neue Folge XI. Band.

Veräußerung der legitirten Sache während des Schwehens der Bedingung verbiete, ein gesetzliches Verbot aber die Nichtigkeit der Veräußerung bewirke und sofort den Uebergang des Eigenthums an den Dritten hindere. Anders verhalte sich die Sache nach bayerischen Rechte. Nach Landrecht Th. III Kap. VI §. 11 Nr. 2 könne der Legatar die legitirte Sache vom Dritten nur unter der Voraussetzung vindiziren, wenn das Legat ein unbedingtes war. War es ein bedingtes, so sei eben deshalb, weil nur im ersten Falle die Bindikation gestattet ist, dieser Anspruch ausgeschlossen; der Legatar habe in einem solchen Falle nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben. Das Landrecht lasse hienach die Bindikation der legitirten Sache nur zu, wenn der Legatar zur Zeit der Veräußerung schon Eigenthümer war).

Die aufgestellten Ansichten sind nicht richtig. Der bedingt Honorirte kann nach gemeinem Rechte die legitirte — vom Erben veräußerte — Sache nicht deswegen vindiziren, weil das Gesetz die Veräußerung einer legitirten Sache während des Schwe-

Const. 3 cit. etwas Besonderes, etwas Außerordentliches zu erblicken, wie aus dem dreimaligen „abschon“ — und dem: „nur daraus erklären“ — hervorgeht.

2) Der Gedankengang des Einsenders ist, wenn nicht eine vorhandene Lücke ausfüllt, offenbar folgender: Im gemeinen Rechte ist die Veräußerung einer legitirten Sache allgemein verboten, daher gestattet die Const. 3 commun. de leg. in allen Fällen dem Legatar die Bindikation der ihm legitirten, aber vom Erben veräußerten Sache. Im bayerischen Rechte besteht kein solches Veräußerungsverbot, daher gestattet das Landrecht Th. III Kap. VI §. 11 Nr. 2 nur die Bindikation der unbedingt legitirten, daher mit dem Tode des Erblassers (Erbchaftsantritt) in das Eigenthum des Legatars fallenden Sache.

bens der Bedingung unterlagte und deshalb die Veräußerung nichtig wäre, sondern auf Grund des allgemeinen, schon aus der Natur der Sache folgenden Satzes: *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Gerade die zur Anwendung gebrachte *Const. 3 commun. de leg.* läßt ersehen, daß die Veräußerung einer bedingt legitirten Sache durch den Erben nicht verboten, daher nicht ungültig ist. „*Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione vel restitutione: melius quidem faciet*“ (scil. heres), *si et in his casibus caveat ab omni venditione. Si autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit: sciat, quod conditione impleta (also erst nach Eintritt der Bedingung) ab initio causa in irritum devocetur*“).“ Der Erbe ist während des Schwehens

- 2) Die Bedeutung des „*melius quidem faciet*“ ergibt sich besonders aus einem Vergleich mit dem kategorischen „*non ei liceat*“, womit in dem, der abgedruckten Stelle unmittelbar vorausgehenden, §. 2 die Veräußerung der unbedingt oder sub die certo legitirten Sache ausdrücklich verboten wird. Vgl. Sittenis, das praktische gemeine Civilrecht §. 38 Note 8 und E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen, §. 8 §. 57 — 39, woselbst auch ausgeführt wird, daß das Veräußerungsverbot der *Const. 3 §. 2* cit. in Bezug auf unbedingt legitirte Sachen für die meisten Fälle überflüssig ist. Zu beanstanden ist in E. A. Seuffert's Darstellung nur die Bezugnahme auf die retrotraktive Kraft der eingetretenen Bedingung, um damit die Ueberflüssigkeit eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes bedingt legitirter Sachen darzuthun. Vgl. übrigens den in Klammern befindlichen Zusatz, welchen E. A. Seuffert in der

der Bedingung Eigenthümer der legitimen Sache und kann sein Eigenthumsrecht auf einen Anderen übertragen, diesen zum Eigenthümer machen. Das Eigenthum des Erben trägt aber den Keim seiner Beendigung in sich, es ist ein (resolutiv) bedingtes und, wenn die Bedingung eintritt, ein zeitlich beschränktes. Der Erbe kann kein anderes als ein solch' beschränktes Eigenthum übertragen. *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.* Wenn die Bedingung eintritt, so hört das Eigenthum des Erben, daher, wenn derselbe es veräußert hat, auch dasjenige des dritten Erwerbers auf, und der Legatar kann gegen den einen wie gegen den anderen den Eigenthumsanspruch geltend machen ⁴⁾).

Anlangend das bayerische Recht, so gilt in diesem der allgemeine Satz: *resoluto jure concedentis etc.* selbstverständlich gerade so, wie im gemeinen Rechte. Wenn seine Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht durch eine positive Bestimmung ausgeschlossen ist, so müssen wir nach bayerischem Rechte dieselbe Entscheidung abgeben, wie nach gemeinem. Der Hr. Verfasser jener Mittheilung erblickt im §. 11 Nr. 2 des Landrechtes a. a. O. eine solche Bestimmung. Sehen wir zu, was da gesagt ist. In §. 11 Nr. 1 a. a. O. wird dem Legatar der Regel nach verboten, mit eigener Gewalt sich des Legates zu bemächtigen. Er soll solches beim Onerirten, beziehungsweise bei der Obrigkeit gebührend suchen. „Zu dem Ende — heißt es dann weiter — kann er nach Gestalt und Beschaffenheit der Sache unterschiedliche Aktionen anstellen,

von ihm besorgten 4. Ausgabe von J. A. Seuffert's praktischem Pandektenrechte zur Note 6 des §. 78 gemacht hat.

⁴⁾ Windscheid, Pand. §. 89, besonders Note 4.

und zwar, wenn 2^{do} das Vermächtniß in Re corporali, specifica et Leganti propria, d. h. ist, in einer körperlichen und dem Eigenthümer *) zugehörigen sonderbaren Sache besteht, so erlangt er in Legato puro von Zeit des Todes, in Conditionato aber von Zeit der erfüllten Condition alsofort ohne Tradition, auch ohne von dem Legate Wissenschaft zu haben, ipso Jure das **Dominium Rei legatae**, folglich auch gegen jeden Inhaber derselben **Rei Vindicationem**. Wie man Angesichts dieser Stelle, ja unter Bezugnahme auf dieselbe, sagen kann, der Legatar könne nach bayerischem Rechte die legitime Sache vom dritten Besitzer nur unter der Voraussetzung vindizieren, wenn das Legat ein unbedingtes war, der Legatar habe, wenn die bedingt legitime Sache veräußert wurde, nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben, ist schwer zu begreifen, und dürfte eine weitere Polemik gegen die bekämpfte Ansicht im Hinblick auf die abgedruckten Worte des Landrechtes überflüssig, ja geradezu unmöglich, sein. Das bayerische Landrecht sagt expressis verbis, klar und deutlich daselbe, was das gemeine Recht bestimmt, und was gewiß auch die Natur der Sache verlangt, da sonst dem Erben gestattet wäre, den Anspruch des bedingt Honorirten auf die legitime Sache durch Veräußerung derselben während des Schwebens der Bedingung zu vereiteln.

H. S.

Nachschr. d. Red. Weitere Besprechung der Frage bleibt vorbehalten.

*) Offenbar ein lapsus calami statt: „Erblasser“ oder „Vermächter“. Vgl. Anmerk. zu dieser Stelle des R. Nr. 1 lit. a in verb.: „und dem Vermächter eigenthümlichen“.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die Cession eines Dienstverhältnisses.

Hierüber macht ein oberstrichterliches Erkenntniß folgende Grundsätze geltend:

1) Eine Forderung auf Dienste, welche gewöhnlich vermiethet werden, kann an einem Dritten cedirt werden, wenn die Dienste nicht der Person des Dienstherrn selbst, sondern ausschließlich in Ansehung einer bestimmten Sache zu leisten sind, die Art und der Umfang sowie die Zeit und der Ort der Dienste nicht erweitert oder erschwert wird, und dem Dienstvermietther keine rechtsverhehliche Einrede gegen den neuen Dienstherrn zusteht.

Es hatte nämlich ein Gutbesitzer einen Schlosswächter mit prognatistischen Rechten angestellt, welchen außer der Schlosswache keine anderen Dienste in Hinsicht der Person des Dienstherrn oblagen. Der erstere veräußerte das Schloßgut, und cedirte das ganze Dienstverhältniß mit Rechten und Verbindlichkeiten an den Käufer, welcher auch das ganze Vertragsverhältniß übernahm, ohne daß der Schlosswächter dabei seine Einwilligung erteilte.

Es wurde angenommen, daß ein solches bloß in Ansehung einer Sache begründetes Dienstverhältniß jedenfalls in Ansehung der Forderung des Dienstmiethers cessibel sei, weil diese auf keinem ausschließend persönlichen Interesse desselben beruhe.

Insbefondere wurde ausgeführt, daß eine solche Cession ganz unzweifelhaft nach dem bayerischen Landrechte zulässig sei, weil

a) nach Th. IV Kap. VI §. 20 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 eine Sublokation der Dienste

stattfinde, was schon an sich die Uebertragbarkeit der Dienstforderung in sich schließt, und weil nach Art. II Kap. III §. 8 Nr. 3 trotz der Anmerkungen alle Rechte, bezüglich welcher keine spezielle Ausnahme statuiert ist, übertragen werden können, bezüglich der Forderung von Diensten aber keine Ausnahme bestehe.

2) Demgegenüber wurde der gemeinrechtliche Grundsatz, daß ein auf Leistung und Gegenleistung gerichtete persönliches Rechtsverhältniß im Genuß sohin auch bezüglich der Verbindlichkeiten, nicht übertragen werden könne (Saffert's. Lehrbuch des Pandekten §. 300 a. E.), ebenfalls festgehalten und dabei ausgesprochen, daß zwar der bestehende Dienstverr nicht aus dem Vertragsverhältnisse austrete, seiner Verbindlichkeiten nicht entbunden werde, daß aber die, wenn gleich die Uebertragung auch dieser Verbindlichkeiten enthaltende, Cession doch, jedenfalls die Wirkung eines Zahlungsauftrages an den Cessionar habe, und daher gegen den Cedenten erst dann der Anspruch auf Zahlung des Lohnes geltend gemacht werden könne, wenn der Dienstvermiether seine Dienste geleistet haben, der zur Zahlung Beauftragte aber die Erfüllung dieser Verbindlichkeit verweigert, oder damit sich im Widerwortsstande befindet (Saffert's. Archiv, Band I Nr. 28; Bamberger's. Pandekten, IV. Kap. XV §. 3 Nr. 4, dann Kap. XIV §. 3 Nr. 1).

Erfolgt die Zahlung auch deshalb nicht, weil der Dienstvermiether die Leistung der Dienste verweigert, so kann der ursprüngliche Schuldner nicht belangt werden, weil diese Dienstleistung die Befriedigung der Forderung auf Entrichtung des Lohnes ist, und nur diesem Falle der erstere sich keinen Anspruch an dem letzteren gehabt haben würde, wenn dieser seine Forderung auf die Dienste nicht abgetreten hätte, aus welchem Grunde auch die in dem Urtheile vom 3. Febr. 1860 (Nr. 268) folgende

2.

Das Eigenthum an einer Piegenschaft der Münchener Stadtmarsung kann nur durch den Nachweis seiner Erwerbung nach den Vorschriften der Grundbuchordnungen erprobt werden.

Vgl. Bb. XIII S. 257, 275; Bb. XXVII S. 85.

Hierüber entnehmen wir oberstichtlichen Entscheidungsründen Nachstehendes:

Der Kläger gibt zu, daß der außergerichtliche schriftlich errichtete Vertrag vom 24. Aug. 1843, durch welchen M. J. S. den streitigen Grundstücken von A. St. zu dem Anwesen Hausnummer x an der M.-Straße käuflich erworben haben sollte, nicht gerichtlich protokolliert und nicht in das Grundbuch eingetragen worden sei und bestreitet das Urtheil der Vorinstanzen mit den Behauptungen:

1) soferne die Vorinstanz auf das Stadtrechtbuch von 1347 sich berufe, habe dasselbe als Art und Weise der Eigenthumsübertragung neben der gerichtlichen Auflassung, wenn solche ja verordnet gewesen sein sollte, auch die Besitzüberweisung aus einem auf Eigenthumsübertragung gerichteten Rechtstitel verbunden mit der Tradition anerkannt, und letztere Eigenthumsübertragungsart sei allmächtig zur ausschließlichen Herrschaft gelangt.

2) Die Grundbuchordnungen von 1572, 1573 und 1628 befaßten sich nicht mit der Art und Weise, Eigenthum an Grund und Boden zu erwerben, sondern einzig und allein mit der Art und Weise der Konstitution einer Ewigkeitsgilt.

3) Sei daher bis zum Erscheinen des Notariatsgesetzes vom 10. Nov. 1861 Eigenthum durch außergerichtlichen Vertrag verbunden mit der Tradition, wie nicht minder durch Errichtung rechts-giltig erworben worden, und sei die Beweisantretung darauf gerichtet, daß der streitige Grundstücken in

dieser Weise in sein, des Klägers, Eigenthum erworben worden, so erscheine sie nicht als verfehlt.

Zu untersuchen, ob das Stadtrechtbuch von 1347 die von dem Kläger behaupteten beiden Eigenthumsübertragungsarten statuiren, kann unterlassen werden, wenn die zweifellos für München als Statutarrecht geltenden Grundbuchsordnungen vorschreiben, daß Eigenthum an Grund und Boden unter Lebenden nur mittelst gerichtlicher Vertragserrichtung und Eintragung in das Grundbuch gültig erworben werden könne.

Nach dem Eingange der Grundbuchordnung von 1572 sind im Jahre 1484 alle und jede Häuser und Grundstücke in der Stadt beschrieben und in 4 Grundbücher eingetragen worden. Diese 4 Grundbücher waren im Verlaufe der Zeit unbrauchbar geworden, daher angeordnet wurde, daß sie richtig gestellt und zu den bisherigen 4 Grundbüchern für die Stadt 4 weitere für die Grundstücke außerhalb der Stadt herzustellen seien. In Art. 1 verordnet hiernach diese Grundbuchordnung, daß die Ewiggeld- und Willenbriefe, bezgleichen auch die Kaufbriefe um die Häuser und Grundstücke im Burgfrieden in der Stadtschreiberei geschrieben; durch den Stadtschreiber und Unterrichter mit den Stadt- und Ewiggeldsiegeln besiegelt und durch den Stadtschreiber und Unterrichter in das Grundbuch eingeschrieben werden sollen, und zwar bei Vermeidung der Ungültigkeit des Geschäftes. In den Artikeln 12, 13 und 14 sind Formulare für die Ewiggeldhauptbriefe, für die Willenbriefe und für die Kaufbriefe um Grundstücke aufgestellt.

Im Eingange der Grundbuchordnung von 1573 ist wiederholt die Eintragung aller Häuser, Stadel, Häußer, Mühlen, Gassen und Baumgärten, Auen und Feldäder, Wiesen und Aengen,

wie deren jedes genannt werden möge, anzuweisen und im Art. 12 vorgeschrieben, daß jeder Besitzer die Veränderung in der Fruktifikation der Grundstücke bei Notfallsurtheil anzuzeigen gehalten sein sollte, damit davon Eintrag in das Grundbuch gemacht werden konnte.

Die Grundbuchsordnung von 1628 erneuert in Art. 1 und 2 die ganze Bestimmung des Art. 1 der Grundbuchsordnung von 1578 und nach Art. 20, 21 und 22 sollten nur adeliche und geadelte Personen an der Stelle der Siegelung neben dem meiner Stadt Insiegeln mit ihren Insiegeln auch fertigen, mit alleiniger Ausnahme fürstlicher Personen kein Kaufbrief in das Grundbuch eingetragen werden, dem nicht in den Stadtschreibern geschrieben worden, und die Eintragung seines Zwiggelbittens oder Kaufbriefes in das Grundbuch ist verboten sein, wenn nicht zuvor der Brief wirklich geschrieben und gefertigt sei.

Durch diese Vorschriften ist festgestellt, nicht nur, daß alle und jede Eigenthumsübertragung von Grund und Boden gerichtlich eingetragenen und in das Grundbuch eingetragen werden müsse, bei Vermeidung, daß außerdem Eigenthum nicht erworben werde, sondern auch, daß dieses Gebot nicht ausschließlich mit dem Platz greife, sondern es sich um ein Zwiggelbitt handelt. Es ist anzugeben, daß es vorzüglich das Zwiggelbitt gewesen sei, wodurch das Entstehen der Grundbuchordnungen herbeigeführt worden, allein ausschließlich mit der Konstitution einer Zwiggelbittordnung ist dem Zwiggelbitt überhaupt befaßt, die Grundbuchsordnungen nicht. Es ist in den angeführten Bestimmungen genau unterschieden zwischen der Konstitution einer Zwiggelbittordnung und dem Rückvertrage, womit eine Zwiggelbitt ursprünglich erworben, dem Willen oder Transportbriefe, dem

Geschäft, womit eine bereits constituirte Ewigkeitsgilt von einem Berechtigten auf den andern übertragen wird, — und der Eigenthumsübertragung jeder anderen Art. Alle diese Geschäfte trifft das Gebot der gerichtlichen Errichtung und der Eintragung in das Grundbuch, wenn ein Eigenthumsübergang gültig bewirkt werden soll. Es hätte gar nicht verordnet werden können, daß alle Häuser, Ställe, Sämmer, Mühlen, Hopfen- und Baumgärten, Kraut- und Gebüsch, Acker und Wiesen, sogar die Aenderung in der Fruchtbarkeit in das Grundbuch einzutragen seien, wenn nicht jede Eigenthumsübertragung an gerichtliche Eingehung und Eintragung in das Grundbuch gebunden hätte werden wollen; niemals wird aller im Privatbesitz befindliche Grund und Boden im Privatfrieden der Stadt mit Ewigkeitsgilt belastet gewesen sein, und ist dieses mit Gewißheit anzunehmen, so wäre unnütz gewesen, jedes Stück Grund und Boden in dem Grundbuche zu verzeichnen, so fern nicht für jede Eigenthumsänderung Eintragung in das Grundbuch nach vorhergegangener gerichtlicher Protokollirung geltendes Gesetz sein sollte. Nirgends in den von dem Kläger aus Frankfurt, Stadtrecht von München, angeführten Stellen ist auch behauptet, daß die Grundbuchsordnungen ausschließlich in Ewigkeitsgiltungen Geltung haben und sonstige Veräußerungen von Grund und Boden nicht betreffen.

Daß der Umstand ohne Belang sei, daß in dem bayerischen Landrechte und in den Anmerkungen des Frhn. v. Kreitzmann dazu der Grundbuchsordnungen als geltendes Recht für die Stadt München nicht erwähnt ist, haben schon die Vorinstanzen angeführt.

Alle und jede Eigenthumsübertragung von Grund und Boden in der Stadt München erforscht

vert daher gerichtliche Errichtung des Geschäftes und Eintragung in das Grundbuch.

Der außergerichtliche Vertrag von 24. Aug. 1843, die auf denselben gefolgte Tradition des streitigen Grundstreifens, die Anerkennung, daß derselbe zum Anwesen des Klägers gehöre, die von dem Klägern angeführten Verträge, die über die verschiedenen Veräußerungen und Ueberbauungen des ursprünglich A. St.'schen Anwesens hergestellten Situationspläne, die Errichtung, worüber und womit der Kläger gleichfalls den ihm überbürdeten Beweis angetreten hat, vermögen die nicht geschlossene gerichtliche Vertragserrichtung und Eintragung in das Grundbuch nicht zu vertreten, die gegentheilige Annahme würde die Vorschriften der Grundbuchsordnungen auf völlig unstatthaften Wegen beseitigen. Nachdem nun dem Kläger unbestritten der Beweis des Eigenthums des streitigen Grundstreifens auferlegt ist, dieses Eigenthum nur durch gerichtlichen Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erlangt hätte werden können, darüber aber kein Beweis angetreten worden, ist die Beweisannäherung des Klägers mit Recht für verfehlt erachtet und der Beklagte von der Klage entbunden worden.

OLGE. vom 16. März 1866. Reg.-Nr. 909 ^{64/65}

77.

3.

In der Unterschrift einer Urkunde liegt eine ausdrückliche Willenserklärung im Sinne des Preuss. Landr. Th. I Tit. 4 §. 60.

Ein Ehemann hatte das von seiner Frau in die Ehe gebrachte Anwesen, woran ihm nach Preuss. RR. Th. II Tit. 1 §. 231 alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers zustanden, verkauft, was

er nach §. 232 a. a. O. nur thun konnte mit ausdrücklicher Einwilligung der Frau. Eine stillschweigende, bloß aus Handlungen mit Zuverlässigkeit zu folgernde Einwilligung war nach §. 60 Tit. 4 Th. I. unkräftig. Es war über den Tauschvertrag eine außergerichtliche schriftliche Urkunde errichtet worden; in derselben aber bloß der Mann als Kontrahent bezeichnet; der Frau war gar nicht erwähnt, jedoch hatte diese die Urkunde mit unterzeichnet. Es fragte sich nun, ob in dieser Mitunterschrift die erforderliche ausdrückliche Einwilligung der Frau gegeben sei? Diese Frage wurde oberstrichterlich aus folgenden Gründen bejaht:

Allerdings enthält der Vertragsaufsatz keine wörtliche Erklärung der Ehefrau, daß sie mit dem Inhalte desselben übereinstimme, oder daß sie ihre Zustimmung dazu gegeben habe. Dessenungeachtet kann die Unterzeichnung nicht für eine bloß stillschweigende Einwilligung gehalten werden. Denn die Unterzeichnung ist nicht eine Handlung, deren Gegenstand an und für sich auf etwas Anderes gerichtet wäre, so jedoch, daß sie daneben auch den Ausdruck des Willens in sich schlosse (*factum concludens*), sondern nach allgemein herrschender Sitte und Gewohnheit, welche auch gesetzliche Anerkennung gefunden hat, ist sie ein Zeichen der Willensbestimmung selbst und drückt die Aneignung des Inhaltes einer Skriptur durch deren Unterzeichner, eben so erkennbar, beredt und unzweideutig aus, wie eine Erklärung in Worten. — Diese Auffassung des Unterschiedes zwischen ausdrücklicher und stillschweiger Willenserklärung, welche den Ansichten der namhaftesten Lehrer des gemeinen Rechtes entspricht, steht auch in Uebereinstimmung mit der Bestimmung des Landrechtes, Th. I. Tit. 4 §. 57, wonach Willenserklärungen für zuverlässig und gewiß angesehen werden, wenn die Absicht des Erklärenden durch Worte

oder andere deutliche Zeichen ausgedrückt wird, welche Gesetzesstelle von Koch (pr. Privat. Th. I. S. 110, II.), sowie von Danielz (pr. Privat. Bd. I. S. 258) als Bezeichnung des Begriffes einer ausdrücklichen Willenserklärung im Gegensatz zur stillschweigenden betrachtet wird. *Pr. v. 1861, Nr. 1636* ⁶⁰.

Pr. v. 1861, Nr. 1636 ⁶⁰. *Pr. v. 1861, Nr. 1636* ⁶⁰. *Pr. v. 1861, Nr. 1636* ⁶⁰. *Pr. v. 1861, Nr. 1636* ⁶⁰.

Kündigung durch Klagestellung.

(Preussisches Landrecht.)

Bgl. B. I. S. 413; B. IV. S. 80.

Im Executivprozeß war seine Forderung eingeklagt worden, die erit nach vorausgegangenem dreimonatlicher Kündigung — Preuß. Vst. Th. I. B. 11. § 761 — fällig war. Daß gekündigt worden, war nicht dargethan, und es fragte sich, ob geklagt worden konnte und insbesondere, ob im Executivprozeß? Der erste Richter, welcher nach verhandelter Sache erkannte, bevor seit Zustellung der Klage drei Monate verlossen waren, verband die Verklagten von der Klage. Kläger appellirte, und da zur Zeit der oberrichterlichen Erkenntnißfälligkeit seit Zustellung der Klage drei Monate verlossen waren, fragte es sich weiter, ob der Oberrichter diesen Umstand berücksichtigen könne? In II. Instanz wurden die Verklagten verurtheilt, und auf Revision erfolgte oberstrichterliche Bestätigung aus folgenden Gründen: Abgesehen davon, daß derselbe Grund, welcher in erster Instanz, wenn das Erkenntniß derselben erst nach Ablauf einer dreimonatlichen Frist von Zustellung der Klage anerlassen worden wäre, die sofortige Verurtheilung derselben zur Zahlung gerechts fertigt haben würde, die nämliche Entscheidung nach dem jene Frist unterdessen abgelaufen war, auch in

zweiten Instanz rechtfertigt, findet dieselbe im vorliegenden Falle noch überdies in den speziellen Bestimmungen des preuß. Landr. ihre Begründung. Die §§. 764 u. 765 Zb. I Tit. 14 desselben verordnen nämlich, daß die Kündigung des Darlehens zwar auch außergerichtlich und bloß mündlich geschehen könne, daß aber, wenn der Gläubiger die außergerichtliche Kündigung nicht nachweisen vermöge, die Zahlungsfrist erst von der Zeit an laufe, wo dem Schuldner die gerichtliche Kündigung behändigt worden. Diese Bestimmung kann nach der Auslegung bewährter Kommentatoren des preuß. Landr. nicht anders verstanden werden, als daß, wenn es zum Prozesse kommt und der Gläubiger die außergerichtliche Kündigung nicht nachweisen kann, die Zahlungsfrist erst vom Tage der Behändigung der Klage an läuft; daß daher der bloß in dieser Hinsicht beweisfällige Gläubiger nicht zur Zeit abgewiesen werden darf, sondern auf Zahlung zur gesetzmäßigen Zeit erkannt werden muß. Vgl. Bornemann, Inst. Darst. d. preuß. Civ. R. Bd. 3 S. 160. Im Sinne der angeführten Gesetzesstelle hätte daher, da die Klage am 19. Nov. 1864 zugestellt wurde, schon in erster Instanz Erkenntniß dahin erlassen werden können, daß die Beklagten schuldig seien, die eingeklagte Forderung nebst Zinsen am 19. Febr. 1865 an den Kläger zu zahlen.

OAGrf. vom 10. Okt. 1865, Nr. 971⁶⁴/65.

1....(C)

5.

Zur Realofflation einer ~~Zahlung~~ ist nicht unbedingt Vorzahlung des Geldes erforderlich.

Stenographen sagen obertrichterliche Entscheidungsgründe:

Bezüglich der Oblation der 9000 fl. — vermisst Revident den Beweis der Vorzahlung derselben.

Allein es ist hergestellt, daß J. die 9000 fl. in drei Sorten zu M. brachte und dieselben diesem anbot. Sache des Letzteren wäre es gewesen, sich von dem Vorhandensein der 9000 fl. durch Zahlung zu überzeugen. Bei der Nichtannahme des M. hatte aber J. keinen Anlaß, die Durchzahlung der 9000 fl. vergeblich vorzunehmen; sein Anbieten in folle stellt sich also als genügend dar.

DABGrf. v. 26. Febr. 1866 Nr. 334⁶⁶/₆₆.

77.

6.

Neben dem durch §. 12 des Hyp.-Ges. den Ehefrauen eingeräumten gesetzlichen Titel zur Erwerbung einer Hypothek.

Hierüber enthalten oberstrichterliche Entscheidungsgründe Folgendes:

Dieser gesetzliche Titel setzt das höchstpersönliche Rechtsverhältniß der Ehe voraus. Mit dem Ende der Ehe erlischt der Titel. Nur der Ehefrau, nicht der Wittwe, steht er zu und nur gegen den Ehemann, nicht gegen dessen Successoren, seien es gleich Universalsuccessoren. Es ergibt sich dies nicht nur aus der Natur der Sache, aus der Privilegiennatur der gesetzlichen Hypothekentitel, sondern auch aus der ausdrücklichen Bestimmung des §. 26 Nr. 3 des Hyp.-Ges., wo nicht unterschieden ist, ob der neue Besitzer durch universale oder singuläre Succession der Nachfolger des vorigen Eigenthümers geworden sei.

DABGrf. v. 7. Aug. 1860 Nr. 781⁵⁹/₆₀.

6....r.

Vermittlung.

In der Mittheilung S. 121 Nr. 1 B. 4 und 5 des Textes muß der Zwischensatz lauten: „daß es, dasjenige, was den Uebergabsschilling übersteigt, als Erbportion behalten soll,“ — statt: „sie — Uebergabsschilling — sollen.“

Hedalt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Anheirathung eines Gutes nach bayerischem Landrechte. — Bürgschaften der Bauern nach bayerischem Landrechte. — Einseitige Aufhebung von Dienstverträgen. — Die wegen der Voraussetzungen einer gerichtlichen Untersuchung einmal begründete Zuständigkeit des bürgerlichen Untersuchungsrichters wird bezüglich eines im Vergehensgrade betheiligten Soldaten nicht dadurch aufgehoben, daß die nur im Uebertretungsgrade betheiligten Civilpersonen vom betreffenden Einzelrichter gesondert abgeurtheilt worden sind. — Die nach erfolgter Aburtheilung einer als Uebertretung strafbaren Körperverletzung wiederholte Verübung einer solchen That wird, — wenn auch die für den ersten Fall erkannte Strafe noch nicht vollzogen ist, — durch den Rückfall zum Vergehen gehiebert und eignet sich, wenn der Urheber ein beurlaubter Soldat ist, zur Zuständigkeit der Militärgerichte. — Verächtlichung.

Anheirathung eines Gutes nach bayerischem Landrechte.

Bd. X S. 187, 299; Bd. XI S. 261; Bd. XVI S. 257; Bd. XIX S. 113, 118; Bd. XXV S. 332.

In den drei großen Kreisen des Königreiches, in welchen das bayerische Landrecht gilt, ist die s. g. Gutsanheirathung üblich, und es werden in denselben unter der bauerlichen Bevölkerung wenig Ehen geschlossen, wo nicht im Ehevertrage „das Anwesen angeheirathet“ wird.

So viel uns bekannt geworden, war ungefähr zwei Jahrzehnte lang die Praxis unseres obersten Gerichtshofes über die rechtlichen Wirkungen einer solchen Abrede konstant und läßt sich in dem Sage zusammenfassen: Die Gutsanheirathung wirkt an dem Totalsysteme des bayerischen Landrechtes keine weitere Abänderung, als daß der Ehegatte, dem das Gut angeheirathet ist, wenn er den anderen Eheheil überlebt, bei Auseinandersetzung des Vermögens das Recht hat, gegen anderweitige Befriedigung, der

Erben des Vorverstorbenen mit ihren erbschaftlichen Ansprüchen Eigenthümer des angeheiratheten Gutes zu werden.

Erst seit einigen Jahren sind vom obersten Gerichtshofe wieder Erkenntnisse ergangen, in welchen die Wirkungen der Gutsanheirathung anders beurtheilt sind, und deren wesentlichen Inhalt wir unseren Lesern nicht länger vorenthalten dürfen. —

Die Meinung, die noch zuweilen von Parteivertretern verfochten wird, daß durch die Gutsanheirathung allgemeine eheliche Gütergemeinschaft begründet werde, ist unseres Wissens vom obersten Gerichtshofe nie anerkannt, sondern stets als mit dem sonstigen Inhalte derartiger Eheverträge unvereinbar widerlegt worden. Zeugniß hievon geben das in diesen Blättern Bd. XXV S. 332 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß und zwei spätere v. 19. Mai 1863 (Reg.-Nr. 605⁶²/₆₃ und 612⁶²/₆₃). In diesen beiden Sachen hatte eine Partei aufgestellt, durch die Vertragsbestimmung, zufolge welcher der Bräutigam das Heirathgut seiner Braut mit seinem Anwesen und der dabei vorhandenen Habe in der Art widerlegte, daß diese mit ihm bei Lebzeiten gleiche, und nach seinem früheren Absterben gegen Uebernahme der Schulden und Auszeigung des Vatergutes alleinige Besitzerin und Eigenthümerin davon sein und bleiben solle, — sei die Eingehung der in Altbayern überall üblichen und hergebrachten deutschrechtlichen allgemeinen Gütergemeinschaft beabsichtigt worden. Dieses wird in den Motiven der oberstrichterlichen Erkenntnisse in nachstehender Weise widerlegt:

„Diese allgemeine Aufstellung hat keinen Werth.
 „Denn entfernen sich auch alle diese Verträge
 „von dem Dotalsysteme, so daß solches bei ihnen
 „nicht strenge zur Anwendung gebracht ist, so recht-
 „fertigen die Abweichungen davon dennoch die Folger-

„ung nicht, daß überall und nichts anderes als „allgemeine eheliche Gütergemeinschaft über das „sämmliche gegenwärtige und zukünftige, durch „beide oder den einen oder den anderen der Ehe- „gatten wie immer rechtlich erworbene Vermögen „einzugehen der unzweifelhafte Wille der Kon- „trahenten sei“.

Alein nicht so entschieden und gleichförmig ist die Judikatur des obersten Gerichtshofes bezüglich der Frage, ob durch die Gutsanheirathung nicht wenigstens eine partikuläre Gemeinschaft des angeheiratheten Gutes bewirkt werde.

In einem vorgekommenen Falle beanspruchte die Ehefrau eines Cantirers das Recht auf den halben Antheil des Kaufschillings aus dem schuldenrischen Anwesen jure separationis mit der Behauptung, daß sie durch Heirathsvertrag Miteigenthümerin desselben geworden sei. Das oberstrichterliche Erkenntniß v. 12. März 1860 (Reg.-Nr. 467^{59/60}) erklärte diesen Anspruch im Einklange mit der oben erwähnten früheren gleichförmigen Rechtsprechung für unbegründet, und besagen hierüber die Motive Folgendes:

„Nach Art. II des Ehevertrages widerlegte der „Bräutigam das von der Braut in die Ehe zu „bringende Heirathgut mit seinem durch Uebergabe „an sich gebrachten Anwesen sammt allem rechtlichen „Ein- und Zugehör, Aktiven und Passiven in der „Art, daß sie, die Braut, mit ihm gleiche, nach sei- „nem Tode aber alleinige Besitzerin und Eigenthü- „merin sein und verbleiben solle, während nach Art. „III desselben Vertrages alle während der Ehe ge- „machten Erb- und Ertrungenschaften als „gemein- „schaftliches Gut“ bezeichnet wurden.

„Wurde einestheils in zweiter Instanz mit „Recht ausgeführt, daß aus diesen Vertragsbestimm- „ungen keineswegs eine deutschrechtliche eheliche

„Gütergemeinschaft, sondern ein nach dem in den
 „altbayerischen Provinzen — in der Regel — gel-
 „tenden Dotalsysteme zu beurtheilendes Rechtsver-
 „hältniß zu entnehmen sei, so fragt es sich ander-
 „theils, ob ersterwähnte Stipulation im Sinne eines
 „der Ehefrau am Anwesen eingeräumten Miteigen-
 „thumes beurtheilt werden kann.

„Diese Frage findet unter Berücksichtigung der
 „im Allgemeinen auf dergleichen Fälle anzuwendend-
 „den gesetzlichen Bestimmungen ihre Lösung am
 „sichersten durch das Resultat der möglichst ver-
 „lässigen Ermittlung der Intention der Kontrahenten.

„Vor Allem ist hier geltend zu machen, daß
 „nach bayer. RR. Th. I Kap. VI §. 14 Nr. 5
 „der Ehefrau während der Ehe an der Widerlage
 „weder Eigenthum noch Nugnießung oder Verwalt-
 „ung zusteht, soferne nicht ein anderes ausdrücklich
 „bedungen ist.

„Die Anmerkungen hiezu Nr. 5 und 6 ent-
 „halten eine Erläuterung dahin, daß während der
 „Ehe der Mann nicht nur Eigenthümer der Wider-
 „lage bleibt, sondern auch die Früchte derselben ge-
 „nießt, und daß es nicht hindert, wenn solche der
 „Ehefrau wirklich übergeben worden, da dies nicht
 „animo transferendi dominium, sondern nur der
 „mehreren Sicherheit wegen geschehe, und in solchen
 „Fällen die Possession der Frau mehr pro naturali
 „als civili anzusehen sei, es wäre denn in einem
 „oder anderem etwas Besonderes pactirt, wie es
 „zumal bei Illustribus öfters geschehe.

„Kann demzufolge die Ehefrau aus dem Ge-
 „setze das Miteigenthum an dem als Widerlage
 „bestimmten Anwesen keineswegs ableiten, so fragt
 „es sich, ob anzunehmen sei, daß das behauptete
 „Miteigenthumsrecht auf besonderem ausdrücklichen
 „Vertrage beruhe.

„Würde lediglich der aufgeführte Wortlaut des

„Ehevertrages in Berücksichtigung gezogen, so könnte
„die von der Ehefrau hieraus gefolgerte Annahme
„Anspruch auf Berechtigung haben; allein dieser
„Annahme stehen wesentliche Bedenken entgegen.

„Der Umstand, daß dergleichen Verträge größ-
„tentheils von rechtsunkundigen Kanzleiindividuen
„(Oberschreibern) aufgenommen worden, läßt die
„Erscheinung erklärlich finden, daß, während nach
„bayer. LM. bei Dispositionen über eheliche Güter-
„verhältnisse in der Regel das Totalsystem die
„Grundlage bildet, die Ehevertragsbestimmungen ein
„unvereinbares, sich gegenseitig ausschließendes Ge-
„misch von Andeutungen des bezeichneten Systemes
„und der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft,
„welche nach bayer. LM. Th. I Kap. VI §. 32
„Nr. 1 und 2 nur ausnahmsweise, in Folge aus-
„drücklicher Bedingungen Platz greift, enthalten.

„Muß diese mißbräuchlich in Uebung gekommene
„Art und Weise der Abfassung der Eheverträge bei
„deren Auslegung schon im Allgemeinen zur Un-
„sicherheit führen, so ist der Richter zu besonderer
„Vorsicht um so mehr dann veranlaßt, wenn dem-
„selben keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme
„einer mit dem herrschenden Gesetze nicht überein-
„stimmenden Intention der Kontrahenten gegeben sind.

„Daß die beiden Ehegatten dem zwischen ihnen
„abgeschlossenen Ehevertrage eine die Wirkung des
„Totalsystemes ausschließende Absicht zu Grunde
„legen wollten, kann nun aber beim Mangel irgend
„eines für die Existenz einer solchen Absicht sprechen-
„den zuverlässigen Momentes in Gemäßheit der in
„der Praxis mit Recht zur Geltung gekommenen
„Auslegung des wahren Sinnes solcher Stipulationen,
„wie die in Frage stehende, durch welche noch
„keineswegs ein wirkliches Miteigenthum
„der Ehefrau an dem Anwesen ihres Ehe-
„mannes begründet, sondern nur die Sicher-

„ung des Eigenthumsrechtes der Frau für
 „den Fall des Vorabsterbens ihres Ehe-
 „mannes bezweckt wird, nicht angenommen
 „werden.

„Auch aus dem Umstande, daß die Stipulirung
 „des gemeinschaftlichen Eigenthums in die II. Rubrik
 „des betreffenden Hypothekfoliums eingetragen wurde,
 „läßt sich eine für die Ehefrau absolut günstige
 „Folgerung nicht ableiten.

„Abgesehen nämlich davon, daß ein Nachweis
 „darüber mangelt, daß der bezeichnete Eintrag auf
 „besonderen Antrag der Betheiligten erfolgte, so muß
 „ein solcher Eintrag lediglich als Konsequenz der
 „oben erwähnten, nach einer einmal mißbräuchlich
 „hergebrachten Formel bethätigten Abfassungsweise
 „der Verträge selbst betrachtet werden, da die höchst
 „unverlässige notarielle Thätigkeit rechtsunkundiger
 „Individuen nicht bloß auf die Errichtung von Ver-
 „trägen, sondern auch auf das Hypothekenwesen ihre
 „Wirkung äußerte; die nothwendige Folge hievon
 „war, daß die betreffende Vertragsbestimmung, wenn
 „dieselbe auch materiell der Intention der Kontra-
 „heuten nicht entsprach, sofort ohne Antrag der In-
 „teressenten in's Hypothekenbuch eingetragen wurde.

„Daß nun aber durch einen solchen Eintrag
 „der Sinn, die Bedeutung einer Vertragsstipulation
 „nicht geändert werden kann, daß die unrichtige
 „Fassung der letzteren durch deren unveränderten
 „Eintrag in's Hypothekenbuch nicht zu einer richtigen
 „gestempelt zu werden vermag, unterliegt keinem
 „gegründeten Zweifel.

„Hiezu kommt noch, daß selbst die formelle
 „Wirkung des erwähnten Eintrages durch jenen der
 „Matenforderung der Ehefrau in der III. Rubrik
 „des betreffenden Hypothekfoliums in Frage gestellt
 „wird. Aus dem Umstande nämlich, daß die Ehe-
 „frau den Eintrag ihrer Maten in's Hypotheken-

„buch beantragte, der Ehemann in diesen Eintrag
 „laut der bezüglichlichen Protokollarverhandlungen
 „willigte und dann dieser Eintrag theils nach §. 12
 „Nr. 6, theils nach §. 13 des Hypothekengesetzes
 „effektuiert wurde, — kann das Bestehen des ge-
 „meinschaftlichen Eigenthums der Ehegatten in An-
 „sehung fraglichen Anwesens um so minder gefolgert
 „werden, als letzteres in seiner Gesamtheit, ohne
 „irgend eine Ausscheidung, als Objekt der hypothe-
 „karischen Versicherung der ehedräulichen Glatten zu
 „betrachten ist, in diesem Falle aber der Eintrag
 „der Ehefrau als Miteigenthümerin als unstatthaft
 „erscheint, da dieselbe nicht zugleich als Schuldnerin
 „und Gläubigerin in Ansehung des nämlichen Hy-
 „pothekenobjektes im Hypothekenbuche aufgeführt sein
 „kann.“ —

Derselbe Grundgedanke, daß derartige Guts-
 anheirathungen dem überlebenden Eheheile an sich
 noch kein Eigenthumsrecht auf das angeheirathete
 Gut, sondern nur die Befugniß geben, dasselbe gegen
 entsprechende Abfindung der Erben des Verlebten
 eigenthümlich zu erwerben, und daß demnach die
 Erwähnung eines Miteigenthumes während der Ehe
 lediglich eine Sicherung der Ansprüche der Eheleute,
 namentlich der Ehefrau bezüglich ihres Heirathgutes
 und der Widerlage bezwecke, zieht sich durch eine
 bis in die jüngste Zeit fortlaufende Reihe anderer
 Erkenntnisse¹⁾, und wird in diesen noch die Praxis
 des obersten Gerichtshofes, auf welcher jene Aus-

¹⁾ Vgl. die Erkenntnisse v. 17. Juli 1860 Reg.-Nr.
 1024⁵⁹/₆₀, v. 27. April 1861 Reg.-Nr. 737⁶⁰/₆₁,
 v. 15. Juli 1862 Reg.-Nr. 1135⁶¹/₆₂, v. 6. Sept.
 1862 Reg.-Nr. 1359⁶¹/₆₂, v. 7. März 1863 Reg.-
 Nr. 527⁶²/₆₃, v. 13. Okt. 1863 Reg.-Nr. 1225⁶²/₆₃,
 v. 7. Mai 1864 Reg.-Nr. 565⁶³/₆₄, v. 5. Dez.
 1865 Reg.-Nr. 70⁶⁵/₆₆.

legung von derlei Eheverträgen berührt, als eine konstante bezeichnet.

Indessen liegen uns, wie erwähnt, aus derselben Zeit andere oberstrichterliche Erkenntnisse vor²⁾, welche jener Praxis zuwiderlaufen und ganz gleich gefaßte Stipulationen in ganz anderem Sinne auslegen. In denselben wird nämlich über die Frage, nach welchem Maßstabe im Falle Vorabsterbens desjenigen Ehegatten, welcher das Gut eingebracht und angeheirathet hatte, die Vermögensanzeige an dessen Kinder stattzufinden habe, ob nach dem ganzen oder dem hälftigen Gutswerthe, im Wesentlichen gesagt:

Durch die üblichen Gutsanheirathungen werde für den überlebenden Ehegatten keineswegs ein bloßes Recht auf Ueberlassung des angeheiratheten Gutes gegen Ersatz des Werthes desselben, sondern ein sofortiges Miteigenthum begründet, welches zwar während der Ehe insoferne beschränkt sei, als der betreffende Ehegatte seinen Hälsteantheil weder unter Lebenden noch für den Fall seines Vorabsterbens veräußern könne, welches indeß für den Fall seines Ueberlebens zur vollen, unbedingten Wirksamkeit gelange, so daß er nummehr frei darüber verfügen könne und an die Erben des vorverstorbenen Ehegatten für den diesen angefallenen, vermöge des Ehevertrages aber an ihn zu überlassenden Hälsteantheil des Gutes auch nur den Werth dieser Hälfte zu vergüten habe, — wobei selbstverständlich sei, daß, wenn der Ehemann sein ganzes, liegendes wie fahrendes Vermögen seiner Ehefrau angeheirathet haben sollte, die zu vergütende Wertheshälfte aus diesem gesammten eheherrlichen Vermögen und zwar ohne

²⁾ Erkenntnisse v. 9. Febr. 1863 Reg.-Nr. 270⁶²/₆₃, v. 5. Mai 1863 Reg.-Nr. 760⁶²/₆₃, v. 19. Mai 1863 Reg.-Nr. 605⁶²/₆₃ und Reg.-Nr. 612⁶²/₆₃.

Abzug der ehedemaligen Ansprüche für Heirathgut, Kindesheil und dergl. sich berechne, indem diese Ansprüche durch jene Vermögenshälften, welche der Wittwe kraft des eingeräumten Miteigenthumsrechtes ohnehin schon eigenthümlich zugehören, als abgefunden zu betrachten seien.

Während ferner nach den beiden oberstrichterlichen Erkenntnissen v. 19. Mai 1863, Reg.-Nr. 605 u. 612^{62/63}, angenommen werden muß, daß das der Ehefrau durch die Gutsanheirathung eingeräumte Miteigenthumsrecht nicht bloß ein während der Ehe beschränktes, sondern auch ein durch das Vorabsterben des Ehemannes bedingtes sei, welches beim Vorabsterben der Ehefrau wieder erloschen und jure consolidationis an den Ehemann zurückgefallen wäre, — geht ein anderes oberstrichterliches Erkenntniß v. 16. Dez. 1864 (Reg.-Nr. 1018^{63/64}) in dieser Richtung einen Schritt weiter und erklärt jenes Miteigenthumsrecht der Ehefrau als ein unbedingtes, welches im Falle ihres Vorabsterbens auf ihre Kinder sich vererbt.

Weil die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses die Frage: ob das Anwesen, mit welchem der Ehemann das Eingebachte seiner Ehefrau dergestalt widerlegt hatte, daß diese Miteigenthümerin, im Falle seines Vorabsterbens aber Alleineigenthümerin desselben werden sollte, auf Vorabsterben der Ehefrau dem Ehemanne allein gehöre, oder ob den in dieser Ehe erzeugten Kindern ein Miteigenthum daran zustehe, mit Bezug auf die frühere Praxis des obersten Gerichtshofes ausführlich erörtern — in der augenscheinlichen Absicht, den Grund zu einer künftigen einheitlichen Rechtsprechung zu legen, — so theilen wir sie in der nächsten Nummer mit.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Bürgschaften der Bauern nach bayerischem Landrechte.

Vgl. Bb. XXIII §. 247; Bb. XXVIII §. 392; Bb. XXIX §. 31.

Bei Klagen gegen Bauern wegen Bürgschaftsleistung wird der Einwand, daß nach bayer. RR. Th. IV Kap. 10 §. 4 die obrigkeitliche Verbriefung beziehungsweise Protokollirung zur Gültigkeit der Bürgschaft erfordert werde, gewöhnlich damit zu befeitigen gesucht, daß diese Gesetzesbestimmung nach der dormaligen Bildungsstufe des bäuerlichen Standes und nach dem Grundsatz: *ubi cessat ratio, ibi cessat dispositio legis* — nicht mehr als gültig betrachtet werden könne.

Gegen diese Ansicht hat sich der oberste Gerichtshof neuerlich aus folgenden Erwägungen ausgesprochen:

Der Grundsatz, daß mit dem Hinwegfallen des Grundes eines Gesetzes dieses selbst unwirksam werde, setzt immer voraus, daß Grund und Endzweck des Gesetzes ganz und gar und zweifellos weggefallen seien, und daß deshalb als gewiß sich annehmen lasse, daß die fernere Anwendung des Gesetzes dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr gemäß wäre.

Gerade diese Voraussetzung ist aber hinsichtlich der hier in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung nicht gegeben. Denn wenn auch angenommen werden kann, daß die Bildung und Geschäftsgewandtheit des Landvolkes heut zu Tage nicht mehr durchgängig auf einer so niederen Stufe steht, wie dies zur Zeit der Erlassung des Gesetzes der Fall war, so bleibt doch immerhin feststehend, daß der Bildungsgrad

des vorzugsweise mit Feldbau beschäftigten, mit der Welt wenig im Verkehre stehenden Landmannes im Allgemeinen auch jetzt noch in vielen Landestheilen ein verhältnißmäßig geringer ist, und daß der Bauernstand im Ganzen sohin des vom Gesetze beabsichtigten Schutzes gegen die Folgen der unbedachten Eingehung von Bürgschaften immer noch im höheren Maße, als andere Volksklassen, bedürftig sei.

Es ist daher nicht richtig, daß der Grund des in Frage stehenden Gesetzes ganz und gar hinweggefallen sei, und es kann die fernere Anwendung dieses Gesetzes als dem Willen des Gesetzgebers zweifellos widerstrebend um so weniger angesehen werden, als in den gesetzlichen Bestimmungen des Landtagsabschiedes v. 10. Nov. 1861, einige Aenderungen im Civilrechte betr., welche gerade die Aufhebung solcher veralteten Rechtsbestimmungen, insbesondere auch in Betreff des Erfordernisses der gerichtlichen Verlautbarung von Verträgen zum Zwecke hatte, die mit den damaligen Lebens- und Verkehrsverhältnissen nicht mehr im Einklange zu stehen scheinen (Ziff. 3), obige landesrechtliche Bestimmung nicht mit aufgenommen wurde, — obschon in dem Antrage, welcher zur Erlassung jener Bestimmungen führte, die Aufhebung der Vorschriften über die Nothwendigkeit der gerichtlichen Verbriefung von Bürgschaftsverträgen ausdrücklich mit angeregt und namentlich die hier in Frage stehende Bestimmung des bayerischen Landrechtes in den bezüglichen Kammerverhandlungen speziell berührt worden war (Verh. d. K. d. Abg. v. 18⁵⁹/₆₁, Beil.-Bd. V S. 46, 79, 82; Beil.-Bd. VII S. 370).

Es unterliegt sonach keinem Zweifel, daß die Bestimmung des bayer. LM. Th. IV Kap. X §. 4 an sich noch in voller Wirksamkeit besteht.

DAßGef. v. 23. Jan. 1866 Nr. 207⁶⁵/₆₆.

μ.

2.

Einseitige Aufhebung von Dienstverträgen.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Es bestehen zwar keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften darüber, in welchen Fällen die *locatio conductio operarum* einseitig aufgelöst werden könne, vielmehr beziehen sich die von diesen Fällen handelnden Gesetzstellen: fr. 27 §. 1 *loc. cond.* (19, 2), fr. 28, 33 *de damn. inf.* (39, 2), lediglich auf die *locatio conductio rerum*.

Allein die analoge Anwendbarkeit derselben auf den Dienstmiethvertrag unterliegt keinem rechtlichen Bedenken, wofür sich insbesondere in *Const. 22 de loc. et cond.* (4, 65) ein wesentlicher Anhaltspunkt findet. Denn diese Gesetzesstelle, dahin lautend:

„Si hi, contra quos supplicas, facta locatione certi temporis suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita, competens iudex conventionem servari jubebit,“ —

handelt von einer Dienstmieth, welche auf bestimmte Zeit geschlossen wurde; dennoch sagt obiges Gesetz nicht, daß es bei dieser Vereinbarung sein Bewenden haben müsse, sondern gestattet wohl eine Abweichung davon, wenn solche durch die Umstände, durch die *bona fides*, motivirt erscheint.

Daher haben mehrere Rechtslehrer den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, und auch die Praxis hat sich dafür ausgesprochen, daß für die Dienstmieth, *locatio conductio operarum*, gleiche Prinzipien gelten, wie für die Mieth von Sachen, so weit sie nach der Natur des Gegenstandes an-

wendbar sind. Arndts, Pand. §. 314; Buchta, Pand. §. 367; Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 163, Bd. VII Nr. 253, Bd. X Nr. 42.

DAßEr. v. 2. März 1866 RNr. 372^{65/66}.

u.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXII.

Die wegen der Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung einmal begründete Zuständigkeit des bürgerlichen Untersuchungsrichters wird bezüglich eines im Vergehensgrade theiligten Soldaten nicht dadurch aufgehoben, daß die nur im Uebertretungsgrade theiligten Civilpersonen vom betreffenden Einzelrichter gesondert abgeurtheilt worden sind.

Wie im XXX. Bande der Blätter für Rechtsanwendung S. 382 mitgetheilt ist, wurde in der Sache gegen den Soldaten Ulrich Schwing von Wehnsgehaig und Genossen wegen Schlägerei ein Kompetenzkonflikt zwischen dem k. 13. Infanterieregimente Kaiser Franz Joseph von Oesterreich und dem Untersuchungsrichter in Bayreuth dahin entschieden, daß dem Letzteren die Kompetenz zugesprochen wurde.

Mittlerweile waren aber vom k. Landgerichte Hofsfeld, dem der Untersuchungsrichter des k. Bezirksgerichtes Bayreuth von dem erhobenen Konflikte keine Nachricht gegeben hatte, die bei dem Vorfalle theiligten Civilpersonen abgeurtheilt und die Strafen vollzogen worden, so, daß der Soldat Ulrich Schwing allein noch zur strafrechtlichen Einschreitung übrig war.

Unter diesen Umständen lehnte der Untersuchungsrichter zu Bayreuth seine Kompetenz noch einmal ab und es entstand neuerdings zwischen ihm und dem erwähnten Regimente ein Kompetenzkonflikt, bei dessen

Entscheidung sich der oberste Gerichtshof abermals für die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am f. Bezirksgerichte Bayreuth aussprach, und zwar in der Erwägung, daß

1) der oberste Gerichtshof am 10. Mai 1864 die bis dahin in Zweifel gezogene Kompetenz zwischen dem Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Bayreuth und dem f. 13. Infanterieregimente Kaiser Franz Joseph von Oesterreich für den ersteren zur Eröffnung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung festgestellt hat; daß demnach

2) der Civiluntersuchungsrichter hierauf so wenig, als wenn er dieselbe mit Zustimmung der Militärbehörde schon wirklich eingeleitet gehabt hätte, von der einmal begründeten Zuständigkeit mehr abgehen dürfte, selbst wenn auch was immer für Momente hervortraten, welche die Fortführung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung materiell nicht mehr für gegeben erachten ließen, vielmehr es schon vorher seine Pflicht erheischt hätte, die Anregung eines Kompetenzkonfliktes sofort im Hinblick auf Art. 16 Abs. 1 des Komp.-Konfl.-Gesetzes vom 28. Mai 1850 dem f. Landgerichte Hollfeld mitzutheilen; daß aber

3) gleichwohl an der dormaligen Sachlage der Umstand nichts ändert, daß das f. Landgericht Hollfeld dem im II. Theile des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 Art. 24 ausgesprochenen, nun auch bezüglich der von den Gerichten abzuurtheilenden Uebertretungen anwendbaren Grundsatz entgegen den Karl Schwing und Karl Lappe inzwischen selbst aburtheilte, — wenn schon deren bereits rechtskräftig erfolgte Verurtheilung ein weiteres Heranziehen derselben zu dieser Untersuchung und Aburtheilung ausschließt, weil in Strassachen Nichtigkeit des Verfahrens nur bis zur rechtskräftig eintretenden Entscheidung der Sache stattfindet; daß daher dem Vorstehenden zu Folge

4) die gemischtgerichtliche Form der Untersuchung jetzt jedenfalls dem Ulrich Schwing gegenüber beibehalten werden muß, nachdem insbesondere auch gemäß Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betr., zu Folge der bei dem Civiluntersuchungsgerichte eingekommenen Anzeige der Fall des Zusammentreffens von Civil- und Militärpersonen vorgelegen war.

Erf. d. OÖG. v. 2. Juli 1864 UB. Nr. 31.

CLXIII.

Die nach erfolgter Aburtheilung einer als Uebertretung strafbaren Körperverletzung wiederholte Verübung einer solchen That wird, — wenn auch die für den ersten Fall erkannte Strafe noch nicht vollzogen ist, — durch den Rückfall zum Vergehen gesteigert und eignet sich, wenn der Urheber ein beurlaubter Soldat ist, zur Zuständigkeit der Militärgerichte *).

Der Förstgehilfe Ferdinand Krauß von Hohenberg, welcher vom k. Landgerichte Selb am 21. November 1863 wegen Uebertretung der Körperverletzung in eine Geldstrafe verurtheilt worden war, hat sich, ehe diese Strafe beigetrieben war, einer neuerlichen Uebertretung gleicher Art verdächtig gemacht, ist daher gemäß Art. 242 des StGB. wegen Vergehens in Untersuchung gezogen, jedoch, da sich ergab, daß er beurlaubter Soldat des k. 13. Inf.-Reg. Kaiser Franz Joseph von Oesterreich sei, — die Sache vom k. Bez.-Gerichte Hof durch Beschluß vom 1. März 1864 zum gedachten k. Regimente verwiesen worden.

Dieses schickte jedoch unter Widerspruch seiner Zuständigkeit die Akten an das k. Landgericht Thiersheim.

*) Siehe hiezu Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. X S. 475 ff.

Da dieses gleichfalls seine Kompetenz ablehnte, ergab sich ein Konflikt, welcher vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß das I. 13. Infanterie-Regiment Kaiser Franz Joseph von Oesterreich zuständig sei.

Diese Entscheidung ist auf die Erwägung gegründet, daß es bezüglich des Eintrittes des Rückfalles, und somit des strafrechtlichen Charakters der neuerlichen Körperverletzung ohne Belang ist, daß Ferdinand Kraus zur Zeit der letzteren die Strafe der ersteren That noch nicht erstanden, bzw. die desfalls verhängte Geldstrafe noch nicht erlegt hatte, weil inhaltlich des Art. 242 des StGB, der Tag der erstandenen Strafe oder erlangten Begnadigung nur als Anfang der Frist, nach deren Ablauf die frühere Verurtheilung ihren Einfluß auf die höhere Qualifikation der neuerlich verübten strafbaren That verlieren soll, in Berücksichtigung zu ziehen ist, wie denn diese höhere Qualifikation schon dann eintritt, wenn der Rückfall nur eben nach Publikation des früheren verurtheilenden Erkenntnisses, wenn auch noch vor dem Vollzuge der erkannten Strafe, eingetreten ist (vgl. die Prot. des älteren Ges.-Geb.-Ausseh. d. R. d. A. Bd. II S. 59); — ferner, daß, wie sich erst im Laufe der Untersuchung ergeben hat, Ferdinand Kraus beurlaubter Soldat des 13. Infanterieregimentes ist und Militärpersonen nach Art. 27 Th. II d. StGB. von 1813 ihren Gerichtsstand in Strassachen vor den Militärgerichten haben.

Erk. d. OGH. v. 2. Juli 1864 UB. Nr. 32.

Verichtigung.

Seite 89 letzte Zeile ist Reg.-Nr. 116^{65/66} statt 165^{65/66} zu setzen.

Redact. Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Reuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Anheirathung eines Gutes nach bayerischem Landrechte. (Schluß.) —
Aktivlegitimation eines Gewerksvereines zur klagbaren Verfolgung
eines der früheren Zunft desselben Gewerbes erworbenen Rechtes. —
Auch wegen Uebertretungen gegen die Vorschriften des Heerergänz-
ungsgesetzes vom 15. August 1828 haben blenspräsente Soldaten
ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. — Nur wenn bei einer
strafbaren Handlung nebst Soldaten auch bestimmte und bekannte Civil-
personen als Beschuldigte betheiligt sind, ist eine gemischtgerichtliche
Untersuchung veranlaßt.

Anheirathung eines Gutes nach bayerischem Land-
rechte.

(Schluß.)

Die Entscheidungsgründe des oberstrichterlichen
Erkenntnisses vom 16. Dez. 1864 Nr. 1018⁶³/₆₄
sagen:

„In der Regel gibt zwar der überlebende Ehe-
mann gemäß bayer. LM. Th. I Kap. VI §. 37
seinen Kindern nur die Muten nebst Morgengabe,
Land und Gebäud heraus; ferner gewährt auch die
allg. Widerlage nach §. 14 a. a. O. kein Eigen-
thumsrecht daran für die damit bedachte Ehefrau
oder deren Erben. Allein diese Bestimmungen des
Gesetzes treten selbstverständlich und nach ausdrück-
licher Vorschrift des LM. a. a. O. §. 35 nur ein,
wenn kein abweichendes Beding in Mitte liegt,
was hier der Fall ist.

„Inhaltlich des Ehevertrages brachte nämlich
die Braut und nachmalige Frau ihrem Bräutigam
ein Heirathgut zu, welches dieser dergestalt wider-

„legte, daß sie Miteigenthümerin seines Anwesens sein solle.

„Nach der weltläufigen, auch den Kontrahenten als einfachen Bauernleuten verständlichen Ausdrucksweise bezüglich der Bezeichnung als Miteigenthümerin sollte die künftige Ehefrau das Miteigenthum erhalten.

„Es geht diese Intention der Pazifizenten auch aus dem Umstande hervor, daß der überlebenden Frau im Falle kinderlosen Vorabsterbens des Ehemannes selbst das ganze Anwesen gegen Verabreichung eines geringen Rückfalles alleineigenthümlich überwiesen, und die sonst übliche Sicherstellung des Heirathgutes durch Hypothekenbucheintrag nicht mehr für nöthig erachtet wurde.

„Der Gebrauch des Wortes: „widerlegt“ — steht dieser klar ausgesprochenen Willensmeinung der Kontrahenten keineswegs entgegen. Denn wenn auch die Widerlage gewöhnlich keinen Eigenthums-erwerb mit sich bringt, so ist dieser doch nicht ausgeschlossen.

„Selbst das gemeine, namentlich das deutsche, Privatrecht läßt die Uebertragung des Eigenthumes nach Umständen manchmal in Form einer s. g. *contrados*, *donatio propter nuptias*, Widerlage zu (Seuffert, Pand. S. 462b; Mittermaier, deutsches Privatrecht S. 393), und bezüglich des hier anwendbaren bayer. LM. unterliegt dieses gar keinem Zweifel, da der §. 14. Nr. 5 a. a. O. ausdrücklich statuirt, es gewähre die Widerlage kein Eigenthum, es sei denn ein anderes bedungen worden, und da ferner §. 35 bestimmt, daß die in den folgenden §§. vorgesehenen Successionsfälle nur in Ermangelung einer anderen Festsatzung Geltung haben sollen.

„Ist nun gleich der Ausdruck „Anverheirathet“ für sich allein nicht deutlich genug, um daraus die

„Tragweite ermessen zu können, so wird dieser Rechtsbegriff doch durch den Beisatz „zum Miteigenthum anverheirathen“ hinlänglich erläutert, und beseitigt sich hiedurch von selbst der Zweifel über die Willensmeinung.

„Daß die Ausdrucksweise: „zum Alleineigenthum oder Miteigenthum anheirathen“ auf eine Eigenthumsübertragung überhaupt hindeutet, bestätigen sowohl Gesetzgebung, als Doktrin und Praxis.

„Laut Verordnung vom 29. Januar 1735 (Generallen-Sammlung v. J. 1771 S. 67), worauf sich auch der Kommentator des bayer. RR. zu Th. III Kap. I §. 17 Nr. 5 lit. e bezieht, wird die sonst unzulässige Inventarisirung des Rücklasses der Frau unter Anderem angeordnet, wenn derselben bei der Einheirathung das halbe Gut angeheirathet worden ist, weil dann die Präsumtion für das Alleineigenthum des überlebenden Ehemannes cessirt, womit zum Theile eine Stelle der Anmerkung zu Th. IV Kap. VII §. 11 Nr. 4 lit. b harmonirt, in welcher von Zahlung des Pandemiums durch den eingeheiratheten Mann die Sprache ist.

„Hiemit stimmt auch die vom k. Justizministerium durch Reskript v. 16. Juli 1824 angeordnete, in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. X S. 303 allegirte und in Lehner's Hypothekenrecht Bd. I §. 30 Ziff. II ad 1 S. 38 berührte Intabulirung einer Eigenthumsbeschränkung zu Gunsten der eingeheiratheten Ehefrau im Hypothekenbuche überein.

„Anlangend die Judikatur des obersten Gerichtshofes, so hat sich derselbe in vielen Fällen bereits dahin ausgesprochen, daß der Ausdruck: „Anverheirathen zum Eigenthum oder Miteigenthum“ Eigenthumsansprüche verleihe, indem hiedurch die Unbestimmtheit der Ausdrucksweise: „Anverheira-

„then“ oder: „zum bloßen Besitze anverheirathen“ „genügend aufgeheilt sei.

„Hiesfür lauten insbesondere die in den Bl. f. „RM. Bd. XVI S. 258, Bd. XIX S. 119 u. 138 „abgedruckten Erkenntnisse, und ein weiteres oberst- „richterliches Erkenntniß v. 15. Febr. 1845, Reg.- „Nr. 721⁴⁰/₄₁.

„Die nur vom Anverheirathen des Besitzes „sprechenden oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse „stehen dieser Auffassung nicht entgegen, weil dort „ein anderes Sachverhältniß besteht, und insbesondere „die Intabulirung einer Hypothek für die Muten „die Eigenthumsüberlassung in Frage stellt.

„Bei diesen Verhältnissen kann die in den Pro- „vinzen von Oberbayern, Niederbayern und der „Oberpfalz unter der Herrschaft des bayer. RM. v. „1756 so häufig vorkommende Bestimmung, es „solle der dotirten Ehefrau entgegen das Miteigen- „thum des Anwesens anverheirathet werden, als „keine unverständliche, den Gesetzen und bestehenden „Verhältnissen widerstrebende Floskel aufgefaßt wer- „den; sie ist vielmehr als eine in den Gewohnheiten „des Volkes wurzelnde, mit der in Deutschland vor „Einführung des römischrechtlichen Dotalsystemes all- „gemein verbreiteten ehelichen Gütergemeinschaft in „Verwandtschaft stehende Anordnung anzusehen.

„Insbesondere scheint das Landvolk, wo diese „Bestimmungen am häufigsten getroffen werden, hie- „bei von der nicht unberechtigten Ansicht geleitet zu „sein, daß das nothwendiger Weise supponirte Zu- „sammenwirken der beiden Eheheile in Bewirth- „schaftung des Anwesens auch seinen entsprechenden „Ausdruck durch Feststellung möglichst gleicher Rechte „und Verbindlichkeiten erhalten solle.

„Mit Recht verlangen daher die Kinder der „verlebten Ehefrau, daß angenommen werde, es sei „das Miteigenthum am Anwesen laut Heirathver-

„trages ihrer Mutter eingeräumt worden. Dieses
 „Miteigenthum kann jedoch selbstverständlich nicht
 „auf das ganze Vermögen ausgedehnt, sondern nur
 „vom Anwesen verstanden werden, weil es nur be-
 „züglich dieses letzteren paktirt worden ist.“

Wir lassen unerörtert, ob die in diesem Er-
 kenntnisse ausgesprochene Ansicht die richtige sei, oder
 ob diejenige, welche in dem in der vorigen Nummer
 mitgetheilten Erkenntnisse v. 12. März 1860 ver-
 treten wurde, den Vorzug verdiene. Wir wollen
 lediglich die Verschiedenheit der oberstrichterlichen
 Rechtsprechung konstatiren, wie sie sich aus der ob-
 herigen vergleichenden Uebersicht zur Evidenz ergibt,
 und fügen dem zuletzt mitgetheilten Erkenntnisse,
 soweit es auf Doctrin und Praxis sich beruft, und
 die einzelnen hiervon abweichenden Entscheidungen mit
 der thatsächlichen Verschiedenheit des gegebenen Falles
 rechtfertigen will, folgende Bemerkungen bei.

Für die Ansicht, daß in Folge der Gutsanheir-
 rathung ein sofortiges, wirkliches Miteigenthumsrecht
 entstehe, spricht weder die Doctrin noch die frühere
 Praxis. Sowohl nach dem angezogenen Justizmi-
 nisterialreskripte v. 16. Juli 1824 als nach dem
 Hypothekenrechte von Lehner Bd. I §. 30 und
 dessen Hypothekenamtsordnung §. 66 ist vielmehr
 das durch eine Gutsanheirathung begründete Rechts-
 verhältniß in Form einer Dispositionsbeschränkung,
 und derjenige Ehegatte, welcher das Gut ursprüng-
 lich besessen und angeheirathet hat, als alleiniger
 Besitzer in das Hypothekenbuch einzutragen. Dieser
 Eintrag wäre nicht entsprechend, wenn der andere
 Ehegatte schon während der Ehe wahres Miteigen-
 thum erlangte, indem solchen Falles der Besitztitel
 auf beide Ehegatten berichtigt werden müßte.

Nicht anders verhält es sich mit der Praxis.
 Von den angeführten Entscheidungen ist die in Bd.
 XIX S. 138 dieser Blätter mitgetheilte keine oberst-

richterliche, auch hat sie die vorwüßige Frage gar nicht zum Gegenstande und setzt überdies das Bestehen allgemeiner Gütergemeinschaft voraus, ohne auf die bezüglichlichen Ehevertragsbestimmungen weiter einzugehen. Die übrigen Entscheidungen aber enthalten lediglich eine Anerkennung des bereits im oberstrichterlichen Erkenntnisse v. 15. Febr. 1845³⁾ ausgesprochenen Grundsatzes, daß in Folge der Gutsanheirathung der überlebende Ehegatte gegen Abfindung der Erben des Verlebten das angeheirathete Gut eigenthümlich erwerben könne, während der Ehe aber nur eine rechtliche Anwartschaft darauf habe. Eine weiter gehende Bedeutung ist in den angeführten Entscheidungen den Gutsanheirathungen nirgends zugestanden, in einigen⁴⁾ ist sogar anerkannt, daß die Vermögensauszeigung und bzw. Abfindung nach dem ganzen Gutswerthe zu geschehen habe, was gleichfalls der Annahme partikulärer Gütergemeinschaft widerspricht, da bei deren Vorhandensein zufolge der in der Note 2 aufgeführten oberstrichterlichen Erkenntnisse nur die Hälfte des Gutswerthes in den Erbgang gelangen könnte.

Auch kann die Frage, ob bei der Gutsanheirathung zum Besitze ein anderes Sachverhältniß besteht als bei einer solchen zum Eigenthum, nicht unbedingt bejaht werden. Denn die Begriffe von Besitz und Eigenthum gelten schon nach den Anmerkungen zum bayer. Landrechte Th. II Kap. V §. 1 lit. a im weiteren und uneigentlichen Sinne, ganz gewiß aber im Volksmunde für gleichbedeutend⁵⁾, und in Uebereinstimmung damit werden in einem in Bd. XIX S. 117 dieser Blätter mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisse die bei Gutsanheirathungen

³⁾ Bl. f. RR. Bd. X S. 187.

⁴⁾ Bl. f. RR. Bd. XVI S. 263, Bd. XIX S. 118.

⁵⁾ Bl. f. RR. Bd. XVI S. 261.

meist vorkommenden Zusätze, wie z. B. zum Miteigenthume, als außerwesentlich erklärt.

Wenn endlich noch der Intabulirung einer Hypothek für die ehedemmaligen Illaten als eines Umstandes Erwähnung geschieht, welcher auch zuweilen eine andere Auffassung bedingte und die Eigenthumsüberlassung in Frage stellte, so können wir nicht umhin, auf das schon allegirte oberstrichterliche Erkenntniß v. 9. Febr. 1863, Reg.-Nr. 720^{62/63}, zurückzukommen, welches nicht etwa annimmt, daß in solchem Falle der ideale Anwesenstheil⁶⁾ des Ehemannes verpfändet erscheine, sondern sich hierüber folgendermaßen äußert:

„Der Umstand, daß dieses Miteigenthum im Hypothekenbuche nicht eingetragen wurde, vielmehr für die Illaten der Ehefrau eine Hypothek vorge tragen wurde, ist unerheblich, weil durch solchen ohne ausdrückliche Zustimmung derselben erfolgten, mit dem Ehevertrage selbst in Widerspruch stehenden Vorgang das dieser zustehende Miteigenthum nicht verwirkt werden konnte.“

Nach allem Vorstehenden wird sich nicht widersprechen lassen, daß über die Wirkungen der Gutsanheirathung die Praxis in's Schwanken gerathen ist; bedenkt man dabei, daß die in vorstehender Darstellung aus den letzten Jahren angeführten oberstrichterlichen Erkenntnisse alle in einen und denselben Kreis ergangen sind, so liegt die Vermuthung nahe, daß sich noch eine größere Verschiedenheit der Rechtsprechung konstatiren ließe, wenn auch die in die anderen althayerischen Kreise ergangenen oberstrichterlichen Erkenntnisse verglichen werden könnten.

Die Anzahl jener Erkenntnisse beweist zugleich, wie häufig die Prozesse über die Wirkung der Gutsanheirathung sind, welche große Nachtheile demnach

⁶⁾ Vgl. St. f. M. B. VI S. 270.

mit einer Ungleichförmigkeit der Beurtheilung derselben verbunden sind. Wir enthalten uns, diese näher auszuführen, da sie jeder denkende Praktiker ohnedies leicht wahrnehmen wird, und fügen nur noch folgende Bemerkungen bei.

Vergebens sucht man in der Literatur über das bayerische Landrecht eine gründliche und erschöpfende Erörterung unserer Frage⁷⁾. Wir möchten daher dringend die Aufforderung wiederholen, welche J. A. Seuffert Bd. X S. 303 dieser Blätter ergehen ließ. — Bei einer wissenschaftlichen Bearbeitung der Lehre würden wohl historische Forschungen nicht zu umgehen sein. Es wird der Behauptung, die nach dem Vorgange Geigel's in diesen Blättern Bd. XVI S. 258 noch heute vielfach aufgestellt wird, daß nämlich die Gutsanheirathung ein „Ueberbleibsel der von dem römischen Dotalsysteme verdrängten deutschen allgemeinen Gütergemeinschaft“ sei, durch die Untersuchung auf den Grund zu sehen sein, ob denn zu irgend einer Zeit in Bayern die allgemeine Gütergemeinschaft wirklich Rechtens war. Damit hängen denn die Untersuchungen zusammen, wie weit die jetzt übliche Formel der Anheirathung zurückreicht, ob sie vielleicht nur eine Corruption einer früher üblichen Vertragsbestimmung ist, die einen bestimmteren Sinn als die jetzige gibt, — ferner, ob sich aus älteren Rechtsprüchen eine konstante Usualinterpretation der Gutsanheirathungsformel entnehmen läßt⁸⁾.

7) In Dr. Julius Rau's Handbuch des Güter- und Erbrechts der Ehegatten nach dem bayer. RR. v. 1756 ist eine Besprechung des Institutes in Aussicht gestellt (S. 102), wird aber erst in der noch nicht ausgegebenen zweiten Abtheilung erscheinen.

8) Noch auf einen anderen Punkt wollen wir bei dieser Gelegenheit aufmerksam machen, den wir nirgends besprochen finden. Wir haben guten Grund, zu ver-

Wir wollen aber mit dieser Aufforderung keineswegs die Praxis auf die doktrinaire Austragung der Streitfrage: ob die Gutsanheirathung nur eine Anwartschaft auf künftigen Erwerb des Gutes oder ein sofort eintretendes Miteigenthum an demselben gebe, — verträsten. Wir halten es vielmehr für eines der dringendsten Bedürfnisse unseres Rechtslebens, daß der Zwiespältigkeit der Beurtheilung dieser Frage je eher je lieber abgeholfen werde. Dabei verkennen wir durchaus nicht, welche Schwierigkeiten die Fassung der Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen — der Verweisung einer Sache an die Plenarversammlung des obersten Gerichtshofes entgegenstellt. Doch dürfte die sicher sehr große Zahl von Rechtsstreiten, in welchen vom

muten, daß in verschiedenen Gegenden ein verschiedener Sinn der Gutsanheirathung beigelegt wird. So wurde uns früher in der Oberpfalz auf das Bestimmteste versichert, die ältere Praxis des obersten Gerichtshofes, wonach die Gutsanheirathung nur die Anwartschaft auf künftigen Erwerb des Gutes, kein sofortiges Miteigenthum bewirke, — entspreche vollkommen den rechtlichen Ansichten und Absichten des Volkes. Hypothekeneintrag für die Maten der Ehefrau ist dort, auch wenn ihr vom Bräutigam das Gut angeheirathet wurde, allgemein üblich. — Das gegen erfahren wir nun aus den ehemals Fürstbischöflich Passauischen Theilen von Niederbayern (dem unteren bayerischen Walde), daß dort mit der Gutsanheirathung förmliche Gütergemeinschaft beabsichtigt werde. Es werde dieß zwar gewöhnlich neben der Gutsanheirathungsformel noch ausdrücklich im Ehevertrage ausgesprochen, aber auch wo dieß unterbleibe, sei unter der Gutsanheirathung die Gütergemeinschaft verstanden. Dagegen sollen hier Hypothekeneinträge für die Maten der Ehefrau, welcher das Gut angeheirathet worden, in der Regel nicht vorkommen.

obersten Gerichtshofe schon über die Frage erkannt wurde, und die häufige Wiederkehr solcher Fälle es nicht unwahrscheinlich machen, daß sich darunter zwei bzw. drei völlig gleichgeartete auffinden lassen.

Wäre dieß gleichwohl unmöglich, so halten wir die Sache für wichtig genug, um den Wunsch zu rechtfertigen, daß die Frage auf dem Wege der Gesetzgebung erledigt werde, und zwar durch ein Spezialgesetz, da bis zum Zustandekommen eines allgemeinen Gesetzbuches über Familien- und Erbrecht nothwendig noch eine zu lange Zeit verfließen muß.

Unsere Notare aber werden gewiß aus der oben gegebenen Zusammenstellung die Ueberzeugung schöpfen müssen, daß sie, so oft sie bei Eheverträgen die alte überschreiberische Schablone der Gutsanheirathung zur Hand nehmen, nur reichlichen Samen der verderblichsten Prozesse aussäen, anstatt die künftigen Güterverhältnisse des vor ihnen stehenden Brautpaares auf festem rechtlichen Grunde sicher zu stellen. Sie werden uns daher auch nicht übel nehmen, wenn wir den Rath an sie adressiren, welcher in diesen Blättern Bd. XI S. 261 an die damals zur Beurkundung der Eheverträge Berufenen gerichtet wurde, wenn wir sie inständig bitten, die Anheirathungsformel nie mehr anzuwenden, sondern in jedem einzelnen Falle sorgfältig und genau zu erforschen, welchen Sinn die Betheiligten mit dem Worte: Anheirathen — verbinden, und den so erforschten Willen der Kontrahenten in juristisch verständlichen Worten auszudrücken.

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Aktiolegitimation eines Gewerbsvereins zur klagbaren Verfolgung eines der früheren Zunft desselben Gewerbes erworbenen Rechtes.

Vgl. Bd. X S. 380, Bd. XXII S. 223.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen werden hierüber folgende Grundsätze aufgestellt:

Es ist von früheren Gesetzen wie von den Rechtslehrern anerkannt, daß die Zünfte, wie sie vor dem auch in Bayern bestanden, juristische Persönlichkeit hatten, und daß sie an sich und abgesehen von den einzelnen Personen, die in ihnen sich zu gemeinschaftlichen Zwecken vereinigten hatten, Subjekte von Rechten und Verbindlichkeiten werden konnten. Vgl. die Lehrbücher des deutsch. Priv.-R. von Mittermaier Bd. II S. 513, von Gerber S. 49 Abs. 1, S. 55 S. 126, von Bluntschli S. 39 Nr. 6, S. 40 Nr. 2. Im vorliegenden Falle, wo die Metzgerzunft zu R. gegenüber den betreffenden Wiesenbesitzern ein Gutrecht anspricht, könnte also auch diese Metzgerzunft das eingeklagte Gutrecht haben und ausüben.

Nun sind in Bayern zwar allerdings durch das Gewerbsgesetz v. 11. Sept. 1825 die Zünfte aufgehoben worden, allein dadurch war der schon in der Natur der Sache, in der Gleichartigkeit und Gemeinschaftlichkeit des Interesses der Genossen eines und desselben Gewerbes begründete Verband dieser Genossen nicht vollständig gelöst worden. Der Gewerbsverein ist gesetzlich an die Stelle des Zunftverbandes getreten. Der Artikel 7 a. a. O. sagt ausdrücklich: „Bei denjenigen Gewerben, welche sich bisher in einem Innungsverbande befunden haben,

bestehen die Zünfte als Vereine der Genossen fort.“ Wohl ist in diesem Gesetzartikel das korporative Recht, die juristische Persönlichkeit der Zünfte nicht unbeschränkt auf die Vereine übertragen, sondern in vermögensrechtlicher Beziehung als Zweck der Vereine in Nr. 4 a. a. O. nur die geordnete Verwaltung und nützliche Verwendung des gemeinsamen Vereinsvermögens bezeichnet. Allein es ist gewiß, daß, wenn das eingeklagte Gutrecht der Zunft der Metzger zustand, dieses Gutrecht als ein Recht der Korporation auf den Verein übergehen, und von diesem ganz in derselben Weise ausgeübt werden konnte, wie ehemals von der Zunft. Es kann demnach dem Metzgervereine oder dem Gewerbe als Kollektivbegriff von ausübenden Meistern die Befähigung und Berechtigung zur klagbaren Verfolgung jenes Gutrechtes nicht abgesprochen werden.

Es liegt hier ein deutschrechtliches Genossenschaftsverhältnis vor, welches die sämtlichen Mitglieder des Gewerbsvereines der Metzger als juristische Einheit bezüglich aller ihr Gewerbe betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen läßt. Solche Genossenschaften lassen sich nicht nach römischrechtlichen Grundsätzen über juristische Persönlichkeit oder Sozietät beurtheilen, sie müssen als Gesamtheit, als Einheit des Rechtssubjektes aufgefaßt werden, — man mag sie nun als ein Mittelglied zwischen juristischen Personen und Sozietäten ansehen, oder unter den Gattungsbegriff von juristischen Personen bringen und als eine Unterart der Korporationen im weiteren Sinne betrachten.

DAAGrf. v. 22. März 1866 Nr. 417⁶⁵/66.

μ.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXIV.

Auch wegen Uebertretungen gegen die Vorschriften des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1828 haben dienstpräsente Soldaten ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten.

Der konskriptionspflichtige Nagelschmiedgeselle Joseph Simon Helfenscheider von Eichstädt hatte sich im Dezember 1863 bei den Konskriptionsverhandlungen des Stadtmagistrates Eichstädt nicht gestellt.

Als es sich aber im April des darauffolgenden Jahres darum handelte, gegen denselben wegen Ungehorsams gegen das Heerergänzungsgesetz vorzuschreiten, ergab sich, daß derselbe mittlerweile bei dem f. 15. Infanterieregimente König Johann von Sachsen eingereicht worden und als Soldat dienstpräsent war.

Demzufolge entstand ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen diesem f. Regimente und dem f. Stadt- und Landgerichte Eichstädt, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof dahin aussprach, „daß zum Verfahren gegen den Soldaten Helfenscheider wegen der gegen ihn angezeigten Polizeilübertretung das erwähnte f. Regiment zuständig sei“, —

und zwar in der Erwägung:

1) daß gemäß Verordnung vom 25. Juni 1804, den peinlichen Gerichtsstand der Militärpersonen betr. (Reg.-Bl. S. 609), und auch schon nach früheren Verordnungen die Militärgerichte zur Untersuchung und Aburtheilung aller von Militärpersonen verübten strafbaren Handlungen im Verbrechens-, Vergehens- und Uebertretungsgrade ohne Ausscheidung zuständig waren;

2) daß aber, wie im §. 29 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Dezember 1825, die Formation u. der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr. (Reg.-Bl. S. 1067), konstatirt ist, seit der obigen Verordnung vom Jahre 1804 bei Uebertretungen den Polizeibehörden inzwischen auch über die Soldaten während der Zeit ihres Urlaubes eben jene Kompetenz zugewiesen wurde, wozu diese die bestehenden Gesetze und Verordnungen im Allgemeinen ermächtigt haben, und hieran die Bestimmungen der Verfassungsurkunde Tit. 9 §. 7, welche die ausschließliche Militärgerichtsbarkeit nur in Dienstfachen und wegen Verbrechen oder Vergehen aufrecht erhalten, nichts geändert haben;

3) daß jedoch diese zunächst bloß aus Gründen der Zweckmäßigkeit angeordnete Ausdehnung der Zuständigkeit der Polizeibehörden gegen Militärpersonen jedenfalls jener der Regel nach den Militärgerichten zukommenden gegenüber nur als eine ausnahmsweise bestehende erachtet werden kann, und dieselbe deshalb der engsten Auslegung unterliegt;

4) daß diesem Sachstande im Rückblicke auf Art. 34 des Einf.-Ges. zum Straf- und Polizeistrafgesetzbuche vom Jahre 1861 auch jetzt nicht dadurch hinderlich in den Weg getreten wird, weil nun nach Art. 31 Abs. 3 daselbst die Einzelrichter an Stelle der bisherigen unteren Verwaltungsbehörden zur Aburtheilung der Uebertretungen berufen sind, in dieser Hinsicht also auch die schon im Hoerergängungsgesetz vom 15. August 1828 §. 84 Abs. 1 (Ges.-Bl. S. 113) getroffene Bestimmung, daß die Aburtheilung solcher, welche nach §. 68, am angeführten Orte als ungehorsam zu behandeln sind, durch die Gerichte zu erfolgen hatte, keine Alterirung hervorbringen vermochte;

5) daß daher, wenn zu einer Zeit, in welcher eine Militärperson im Dienste sich befindet, Ver-

anlassung gegeben ist, gegen dieselbe wegen einer Uebertretung einzuschreiten, immer nur die Militärgerichte zur Aburtheilung derselben kompetent erscheinen, gleichviel zu welcher Zeit immer die Uebertretung begangen worden ist, und daß der vorliegenden Falles in Frage stehende Ungehorsam nach Art. 8 des oben bemerkten Einführungsgesetzes eine Polizeübertretung enthält, welche gegen den zur Zeit im Militärdienste befindlichen Beschuldigten angezeigt ist¹⁾.

Erk. d. OGH. v. 2. Juli 1864 UB. Nr. 33.

CLXV.

Nur wenn bei einer strafbaren Handlung nebst Soldaten auch bestimmte und bekannte Civilpersonen als Beschuldigte betheiligt sind, ist eine gemischgerichtliche Untersuchung veranlaßt.

Wegen einer am 27. Sept. 1863 in einem Wirthshause zu Budenhofen vorgefallenen, in mehreren Absätzen unter zahlreicher Betheiligung fortgesetzten Schlägerei war vom Untersuchungsrichter zu Bamberg Voruntersuchung eröffnet worden, in welcher sich jedoch nur gegen 4 bestimmte Personen, die sämtlich dem Militärstande angehörten, darunter insbesondere gegen Nikolaus Gügel, Soldaten des k. 1. Jägerbataillons, Verdacht ergeben hatte, weshalb die Akten an dieses Bataillon abgegeben worden sind.

Da dieses seine Zuständigkeit widersprach und

¹⁾ In gleicher Weise hat der oberste Gerichtshof am 20. Sept. 1864 (UB. Nr. 39) einen Kompetenzkonflikt in der Sache gegen Barthol. Heumann wegen Ungehorsams gegen das Heerergänzungsgesetz entschieden.

Auf denselben Prinzipien beruht auch das in der Sache gegen Adam Kohlenberger von Galgenhof wegen Widerspenstigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz erlassene oberstrichterliche Erkenntniß vom 22. Juli 1865 (UB. Nr. 52), welches im Just.-Min.-Blatte v. 1865 S. 116 ff. abgedruckt ist.

die Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung für gegeben erachtete, entstand ein verneinender Kompetenzkonflikt, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit der Militärgerichte aussprach, — in der Erwägung, daß in gegenwärtiger Untersuchung wegen einer am 27. Sept. 1863 zu Budenhofen in mehreren Zwischenräumen stattgefundenen Schlägerei und dabei verübten Körperverletzung an der Wirthswittwe Barbara Kredet, an dem Bauern Karl Neubauer und dem Korporal Michael Müller vom 1. Jägerbataillon bisher lediglich gegen Militärpersonen und zwar wegen jener Verletzungen gegen Georg Wagner, vulgo Ohmann, beurlaubten Soldaten des k. 7. Infanterieregimentes, und gegen Karl König, Soldaten des 1. Chevauxleger-Regimentes, und wegen sonstiger Theilnahme an der Schlägerei gegen Johann Gügel, beurlaubten Soldaten des k. 10. Infanterieregimentes, und gegen Nikolaus Gügel, beurlaubten Soldaten des k. 1. Jägerbataillons, sich Verdacht ergeben hat, jedoch keine Veranlassung eingetreten ist, gegen irgend eine bestimmte Civilperson das Strafverfahren zu richten; in weiterer Erwägung, daß eine gemischtgerichtliche Untersuchung nach Art. 1 des Ges. vom 1. Juli 1856 nur dann stattfindet, wenn bei demselben Verbrechen oder Vergehen Civil- und Militärpersonen als Beschuldigte zusammentreffen, — und daß ein solches Zusammentreffen keineswegs schon durch die bloße Möglichkeit oder auch Wahrscheinlichkeit der stattgehabten Betheiligung irgend welcher Civilpersonen als gegeben angenommen werden kann, wenn keinerlei Anhaltspunkt zu desfallsiger näherer Erforschung vorliegt.

Erk. d. O.G.G. v. 2. Juli 1864 II. Nr. 34.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Nachtrag zu der Erörterung über die Wirksamkeit einer nicht notariell verbriefenen Cession einer Hypothekforderung. — Ist die Cession einer Forderung, welche mit einem Rechtsmittel zur Hypothek versehen ist, ohne notarielle Beurkundung rechtsgiltig? — Kautionspflicht der Ausländer. — Restitution gegen das Verschmälniß eines präjudizialen Termines wegen entschuldbaren Irrthumes des Anwaltes.

Nachtrag zu der Erörterung über die Wirksamkeit einer nicht notariell verbriefenen Cession einer Hypothekforderung.

(Siehe oben S. 113.)

Im Interesse Bethelligter muß hier darauf hingewiesen werden, daß der oberste Gerichtshof schon in mehreren Erkenntnissen, namentlich in denen vom 24. April 1864 (Nr. 263^{64/65})¹⁾ und vom 10. Sept. 1864 (Nr. 959^{63/64}) die a. a. O. vertheidigte Ansicht nicht adoptirt, sondern den Grundsatz ausgesprochen hat, daß eine solche Cession nach Art. 14 des Notariatsgesetzes ungiltig sei.

Da oberstrichterliche Erkenntnisse, welche nicht im Plenum nach Maßgabe des Präjudiziengesetzes

¹⁾ Dieses Erkenntniß folgt unten mit einer Nachschrift des Herrn Einsenders. In einer der nächsten Nummern wird auch noch ein jüngeres Erkenntniß des obersten Gerichtshofes gebracht werden, welches die Frage im gleichen Sinne, wie das vom 24. Apr. 1864, entscheidet.

St.

vom 17. Nov. 1837 beschlossen und bekannt gemacht worden sind, nicht die Kraft bindender Präjudizien haben, so verliert die in jenem Aufsatze entwickelte Ansicht ihre Bedeutung nicht, und zwar weder auf wissenschaftlichem noch auf praktischem Standpunkte. Doch ist sich, dem in der Nachschrift zu unserer Erörterung (oben S. 121) ertheilten Rathe anzuschließen, solche Cessionen stets notariell verbrieften zu lassen, da denn doch die Gerichte in mehreren Fällen sich für die Nothwendigkeit dieser Verbrieftung ausgesprochen haben, und es das Interesse eines Cessionars selbst bei anderen als Hypothekforderungen erheischen dürfte, sich durch eine öffentliche Beurkundung des Cessionsaktes sicher zu stellen, um, namentlich bei entstehenden Prozessen, durch solche Urkunden einen unumstößlichen Beweis zu erlangen, und dem die Zahlung verweigernden debitor cessus die etwaige Einrede abzuschneiden, er habe keine genügende Kenntniß von dem Cessionsakte erlangt, — endlich um der Wohlthat des einfacheren und schnelleren Verfahrens rücksichtlich des Eintrages in das Hypothekenbuch in Gemäßheit des Art. 15 Abs. 2 und 3 des Notariatsgesetzes theilhaftig zu werden. Ja es muß sogar eingeräumt werden, daß es sowohl im Interesse des Cedenten und Cessionars als insbesondere auch des debitor cessus höchst wünschenswerth wäre, wenn die künftige Gesetzgebung über das Obligationenrecht die Gültigkeit jeder Cession von der notariellen Beurkundung abhängig machen würde, auch wenn es sich nicht um Hypothekforderungen handelt ²⁾).

²⁾ Die Zustimmung zu diesem Wunsche des Herrn Mitarbeiters bedarf doch noch reiflicher Erwägung. Im Interesse der Rechtssicherheit läge allerdings die Nothwendigkeit notarieller Errichtung des Cessionsgeschäftes. Allein neben der Rechts-

Hierbei muß übrigens bemerkt werden, daß, wenn in einer notariellen Urkunde die Session einer Forderung, welche im Hypothekenbuche eingetragen ist, verbrieft wurde, ohne daß dabei dieses Eintrages Erwähnung geschehen sein sollte, in Folge der erwähnten oberprüchsterlichen Erkenntnisse eine neue Kontroverse entstehen kann, — nämlich darüber, ob in einem solchen Falle das Hypothekenrecht mit übertragen sei, indem ja nach jenen Erkenntnissen die notarielle Beurkundung gerade wegen der bestehenden Hypothek erfordert wird und ausgeführt ist, daß eine Hypothek auf einen Anderen nur übergehen könne, wenn hierüber, nämlich über die Uebertragung des Hypothekenrechtes, eine solche Beurkundung vorliegt.

Hieraus dürfte klar zu ersehen sein, zu welchen Verwickelungen es Veranlassung gibt, wenn ein Gesetz allzu ausdehnend und ohne Rücksicht auf faktische Besonderheiten, welche der Beurtheilung spezieller Rechtsvorschriften unterliegen, interpretirt wird, wodurch die Parteien, denen eine solche Auslegung nicht in den Sinn kommen konnte, bei ihren Rechtsgeschäften empfindlich benachtheiligt werden.

... r ...

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ist die Session einer Forderung, welche mit einem Rechtstitel zur Hypothek versehen ist, ohne notarielle Beurkundung rechtsgiltig?

Laut Notariatsurkunde vom 14. Febr. 1863
verkaufte G. D. sein Oekonomieanwesen an M. Z.

sicherheit kommen auch die Bedürfnisse des Verkehrs in Betracht, welchem durch das Erforderniß notarieller Verbrieftung für jede Session recht bedenkliche Hemmnisse bereitet werden dürften. St.

um einen Rauffchilling von 11,700 fl. Hier von wurden 200 fl. sogleich bezahlt, der Rest von 11,500 fl. wurde bis Juni 1863 creditirt, hierbei aber dem Verkäufer das Recht vorbehalten, diesen Rest als Hypothek auf dem verkauften Anwesen eintragen zu lassen, von welchem Rechte er übrigens zur Zeit keinen Gebrauch machen zu wollen erklärte.

Schon am 23. Febr. 1863 cedirte G. D. diese Rauffchillingsforderung mit allen ihm zustehenden und eingeräumten Rechten an L. L. gegen eine Cessionsvaluta von 10,800 fl., worüber zwischen dem Cedenten und dem Cessionar unter Zuziehung und Mitunterschrift eines Zeugen eine schriftliche Cessionsurkunde errichtet wurde.

Noch am nämlichen Tage (es ist unter den Theilen streitig, ob vor oder nach dem Abschlusse des Cessionsvertrages) wurde der Rauffchillingsrest von 11,500 fl. für G. D. auf dessen Antrag im Hypothekenbuche vorgemerkt, worauf sodann im Juni 1863 die fraglichen 11,500 fl. vom Anwesens-käufer an G. D. bezahlt wurden.

Im Juli 1863 klagte nun der Cessionar gegen den Cedenten auf Herauszahlung der zwischen dem cedirten Rauffchillingsreste und der Cessionsvaluta bestehenden Differenzsumme von 700 fl., wogegen Beflagter unter Anderem einwendete, daß der Cessionsvertrag vom 23. Febr. 1863, -- da Kläger durch denselben ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache, nämlich die für den Rauffchilling vorbehaltene Hypothek, zu erlangen suche, -- in Ermangelung notarieller Beurkundung nach Art. 14 des Rotariatsgesetzes nichtig sei.

Diese Einwendung wurde in den drei Instanzen als gegründet erkannt und Beflagter sofort von der Klage entbunden. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Durch den Cessionsvertrag vom 23. Febr. 1863 sollte nicht bloß das persönliche Recht der Forderung des Kaufschillingrestes zu 11,500 fl., sondern auch der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek auf den Kaufsobjekten, welchen der Cedent durch erklärten Privatwillen aus dem Vertrage vom 14. Febr. 1863 erworben hatte, auf U. U. übertragen werden.

Daß diese Intention dem Cessionsvertrage zu Grunde lag, hat der Kläger selbst zugestanden. Allerdings konnte sich dieser durch den Cessionsvertrag allein noch nicht das dingliche Recht der Hypothek selbst, sondern nur einen persönlichen Anspruch an den Cedenten auf Erwirkung dieses Rechtes verschaffen, — gleichwie ja auch bei Hypothekbestellungen durch den bezüglichen Vertrag noch nicht die Hypothek selbst, sondern nur der persönliche Anspruch an den Schuldner auf Verschaffung dieses Rechtes erworben, das dingliche Recht der Hypothek selbst aber erst durch den wirklichen Eintrag im Hypothekenbuche erlangt wird.

Dieses ändert jedoch nichts an dem Erfordernisse der im Art. 14 des Not.-Ges. bestimmten Form notarieller Errichtung solcher Verträge. Denn dieser Artikel spricht nicht von Verträgen, wodurch dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen unmittelbar erworben werden, sondern er bezeichnet, als unter seine Herrschaft fallend, alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen. Zu diesen ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache betreffenden Verträgen gehören aber offenbar auch diejenigen, welche die Brücke zu Erlangung eines solchen Rechtes bilden, wenn sie das klagbare, wenn auch zunächst allerdings unpersönliche, Recht, den Eintrag einer Hypothek im Hyp.-Buche zu verlangen, den Rechtstitel zur Erwerbung der Hypothek verschaffen. Denn

abgesehen von der Wichtigkeit solcher Verträge in der wesentlichen Beziehung, in welcher dieselben zu dem dinglichen Rechte und sogar zu der zu verpfändenden unbeweglichen Sache selbst stehen, indem sie ja eventuell zu einer Veräußerung der letzteren führen, geht es nach bekannten Interpretationsregeln überhaupt nicht an, anzunehmen, daß das Gesetz, indem es sich einer ganz allgemeinen Fassung bedient und von allen Verträgen spricht, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, gleichwohl nur solche Verträge, durch welche das dingliche Recht unmittelbar entsteht, verstanden, also sämtliche Hypothekbestellungsverträge, ausgenommen habe.

Was übrigens von der ursprünglichen Bestellung des dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache gilt, hat auch von der vertragsmäßigen Veräußerung des Rechtes, bzw. des Rechtstitels durch Uebertragung auf Andere, zu gelten. Es spricht hiefür nicht nur die eben bemerkte allgemeine Fassung des Gesetzes, sondern auch der Umstand, daß der Zweck des Gesetzes, bei Verträgen über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen wegen der besonderen Wichtigkeit solcher Rechte volle Gewißheit des Willens der kontrahirenden Parteien zu erhalten, unüberlegte Verfügungen über solche Rechte zu verhindern und deshalb den Paciscenten einen Zeitraum zur Besinnung bis zur förmlichen Beurkundung der Willenserklärung offen zu halten, — auf die Veräußerung solcher Rechte durch Cession ebenso, wie auf die ursprüngliche Bestellung derselben, paßt. Vgl. v. Zink's Kommentar zum Not.-Ges. in v. Dollmann's Gesetzgebung Bayerns Thl. II Bb. III S. 433.

Unbehelflich ist es diesem gegenüber, wenn sich Kläger für die von ihm behauptete Nichtnothwendigkeit der notariellen Verlautbarung von Hypothek-

titelbestellungen auf S. 30 d. Hyp.-Ges. beruht, indem dieser für die Vormerkung von Forderungen nur verlange, daß solche durch unverdächtige Urkunden bescheinigt seien, so daß also auch bloße Privaturkunden hierzu genügen. Der angezogene Notariatsgesetz nach seinem klaren Wortlaute voraus, daß für die Forderung, deren Vormerkung beantragt wird, der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek an sich begründet sei, und daß der Mangel, welcher dem definitiven Eintrag entgegensteht, nicht die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung selbst betreffe. Nach S. 15 Abs. 1. des selben Gesetzes wird aber der Rechtstitel auf eine Hypothek aus einem Vertrage nur dann begründet, wenn er in einer gültigen und, wo es die Gesetze nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen erfordern, öffentlichen Urkunde ausdrücklich bedungen wurde; daß aber diese letztere Form der Konstituierung nunmehr durch das Notariatsgesetz allgemein vorgeschrieben sei, ist eben vorstehend gezeigt worden.

Steht demnach fest, daß der Sessionsvertrag vom 22. Febr. 1863, so weit derselbe den dem Cedanten durch den Kaufvertrag vom 14. ejusd. eingeräumten Rechtstitel auf Erwerbung einer Hypothek zum Gegenstande hatte, wegen Mangelß der notariellen Beurkundung der Rechtswirksamkeit entbehrt, so kann es sich nur noch darum fragen, ob sich diese Rechtswirksamkeit auch auf das den Hauptgegenstand der Session bildende Forderungsverhältnis selbst und bzm. auf die persönlichen Erlassensprüche erstrecke, welche dem Sessionar aus dem der Session zum Grunde liegenden Kaufgeschäfte dem Cedanten gegenüber wegen Nichterfüllung des Vertrages erwachsen sind, und im gegenwärtigen Prozesse geltend gemacht werden; nachdem die cedirte Forderung selbst nebst Allem, was daran hing,

durch Zahlung an den Cedenten bereits erloschen ist.

Auch diese Frage ist zu bejahen.

Die Absicht des L. L. bei dem Kaufe der in Rede stehenden Forderung war, wie schon gezeigt, auf Witterwerbung des für dieselbe dem Cedenten bestellt gewesenen Hypothekrechtes, auf Erlangung einer mit dem Rechtstitel auf hypothekarische Versicherung versehenen Forderung gerichtet; die Forderung mit allen daran fließenden Rechten bildete den Gegenstand der Cession und des derselben zu Grunde liegenden Kaufgeschäftes, und für die Hauptsache und die Nebensache zusammen wurde nur ein gemeinschaftlicher Kaufpreis festgesetzt, aus dem sich die für die eine und für die andere treffenden Antheile nicht ausscheiden lassen. Es ist keineswegs wahrscheinlich, daß sich L. L. als geübter Geschäftsmann die Forderung auch ohne die Aussicht auf reale Sicherheit um die verhältnißmäßig hohe Summe von 10,800 fl. gekauft hätte, und der ganze Vertrag vom 23. Febr. 1863 wäre wohl überhaupt nicht zu Stande gekommen, wenn der Käufer jene Aussicht auf Erlangung hypothekarischer Sicherheit nicht gehabt hätte. Jener Vertrag bildete, indem er das persönliche Forderungsrecht und den Rechtstitel auf hypothekarische Versicherung desselben umfaßte, nicht bloß ein äußerliches Ganze, das sich in zwei von einander unabhängige, für sich selbst bestehende Rechtsgeschäfte zerlegen ließe; die cedirten Rechte standen vielmehr nach der Intention der Kontrahenten unter sich in einem inneren unzertrennlichen Zusammenhange und es bildete von denselben das accessorisches Recht der Hypothek auch nach seiner Bedeutung und Wichtigkeit für die Hauptforderung selbst nicht etwa bloß einen untergeordneten, vielmehr einen sehr wesentlichen Bestandtheil des Gesamtvertrages.

Wurde aber in diesem Sinne der Vertrag von vorneherein abgeschlossen und war nach der Intention der Kontrahenten der Uebergang der Rauffchillungsforforderung auf den Cessionar an die Voraussetzung des Mitüberganges des an derselben haftenden Hypothektitels geknüpft, so mußte sich die dem Vertrage wegen Mangels des gesetzlichen formellen Erfordernisses in Ansehung des Hypothektitels anklebende Nichtigkeit von Anfang an auch auf die Cession des Kapitals selbst erstrecken, den Vertrag in seiner Totalität umfassen, — und es kann daher nicht angehen, denselben hinterher in zwei besondere Aste auszuscheiden und die ein zusammenhängendes Ganze bildende Willenserklärung in einem Punkte als nicht in rechtswirksamer Form abgegeben für ungiltig, in dem anderen aber für formell giltig zu erklären.

OABGrl. v. 24. April 1864 Nr. 263^{64/65}.

Nachschrift des Einsenders. Die Frage, ob die Cession einer Hypothekforderung zu ihrer Rechtsgiltigkeit der notariellen Beurkundung bedürfe, ist dem obersten Gerichtshofe schon mehrmals vorgelegen und von demselben bisher immer bejaht worden. Es ist kaum zu läugnen, daß die Fassung des Art. 14 des Notariatsgesetzes dieser Entscheidung einige Berechtigung zu verleihen scheint; allein die Gründe, welche für die verneinende Beantwortung der Frage sprechen, dürften doch wohl überwiegend sein.

In Stenglein's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft Bd. II S. 17 folg. ist durch schwer zu widerlegende Gründe entwickelt, daß selbst die Bestellung einer Hypothek ohne notarielle Beurkundung nicht unbedingt erfordere. In der oben S. 113 f. mitgetheilten Erörterung wird dieses zwar nicht zugegeben, es wird aber als Grund zur Verneinung obiger Frage angeführt, daß mit der cedirten Forderung die Hypothek schon kraft

des Gesetzes übergehe, und daß solch ein die Uebertragung des Hypothekrechtes aussprechender Vertrag überflüssig, sofort auch unschädlich sei.

Gegen diesen gewiß triftigen Grund hört man einwenden: es sei gleichgültig, ob die Hypothek ausdrücklich übertragen oder mit Stillschweigen umgangen sei, weil, wenn die Cession der Forderung eo ipso auch den Uebergang der Hypothek zur Folge habe, dieselbe eo ipso auch ein, ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache betreffender Vertrag sei. Bei solchem auf einer bloßen Anflammerung an das Wort „betreffen“ beruhenden Einwande sollte man doch wohl fühlen, daß dasjenige, was zu einem außerdem rechtsgiltigen Vertrage kraft des Gesetzes hinzutritt, was also vom Gesetze bestimmt ist, das Recht des Erwerbers ohne dessen Zuthun zu erweitern, unmöglich einen Grund bilden könne, ihm den ganzen Erwerb zu entziehen.

Die oben S. 113 mitgetheilte Erörterung behandelt übrigens ihrer Ueberschrift gemäß die vorliegende Frage nur nach gemeinem Rechte; man gelangt jedoch nach bayerischem Rechte zu dem nämlichen Ergebnisse, indem nach *WM.* *Zbl.* II Kap. III §. 8 Nr. 7 bei Cedirung einer Forderung die Accessorien jederzeit stillschweigend mitbegriffen sind. Zwar sagt das bayer. *WM.*, obwohl die Begriffe von Besitz und Eigenthum auf Forderungen nur sehr uneigentlich anwendbar sind, die Cession wie eine Art von Eigenthumsübertragung auf; wenn man aber von diesem Gesichtspunkte ausgeht, so muß man die Entscheidung aus dem ersten Satze des Art. 14 holen und, wenn die notarielle Beurkundung erforderlich sein soll, die Hypothekforderungen als Immobilien betrachten.

Eritt die Nothwendigkeit ein, Forderungen, welche an sich weder Mobilien noch Immobilien sind, in die eine oder in die andere Klasse einzuweihen, so zählt

man unverficherte Forderungen allgemein unter die Mobilien, weil sie an die Person des Schuldners geknüpft und auf Geld, also auf eine bewegliche Sache, gerichtet sind. Bezüglich der Hypothekforderungen wird von Einigen das Nämliche behauptet, weil das persönliche Forderungsrecht die Hauptsache, die Hypothek aber nur eine der Natur der Hauptsache folgende Nebensache sei. Andere dagegen zählen sie unter die Immobilien, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil die *actio hypothecaria* gegen das Hypothekenobjekt gerichtet sei, und nach fr. 15 de. reg. jur. (50, 17) und fr. 143 de verb. sign. (50, 16) derjenige, welchem eine Klage zusteht, so angesehen werden müsse, als ob er die durch die Klage zu verfolgende Sache, hier also ein Immobile, habe.

Abgesehen davon, daß die erstere Meinung, welcher auch die Anmerkungen zum RM. Thl. II Kap. I §. 9 lit. c folgen, die bei weitem verbreitetere ist, wird man derselben unter der Herrschaft des bayer. Hyp.-Gesetzes um so sicherer zu folgen haben, als letzteres den Hauptgrund der gegentheiligen Meinung beseitigt, indem nach §. 51 des Hyp.-Ges. (vergl. Sönn er's Comment. Bd. I S. 415) — abweichend vom gemeinen Rechte und vom bayer. RM. Th. II Kap. VI §. 19 Nr. 1 — auch die Hypothekklage nicht auf Abtretung der Sache, sondern auf Zahlung der Schuld zu richten ist.

Wäre aber auch anzunehmen, daß die Cessionen von Hypothekforderungen der notariellen Beurkundung bedürfen, so ist es doch jedenfalls zu weit gegangen, wenn man für Cessionen von Forderungen, welche nur mit einem Titel zur Hypothek versehen sind, das gleiche Erforderniß aufstellt.

In einem oberstrichterlichen Erkenntniß, welches dieselbe Frage, wie das oben mitgetheilte, und in derselben Weise entscheidet, wird zur Begründung, daß das Geschäft ein dingliches Recht an einer un-

beweglichen Sache betreffe, der Rechtstitel zur Hypothek als ein eventuell dingliches Recht bezeichnet, — was wohl nur auf der Vorstellung beruhen kann, daß der Rechtstitel eine nur noch durch den Eintritt der Eintragung bedingte Hypothek sei. Wäre diese Vorstellung richtig, so müßte der Titel in der Hypothek aufgehen, während er doch neben der eingetragenen Hypothek fortbesteht, und er müßte gegen den dritten Besizer geltend gemacht werden können, während das Gegentheil der Fall ist (vgl. Böwner's Komm. z. Hyp.-Ges. Bd. I S. 232 und 233).

Er ist und bleibt ein rein persönliches Recht, so daß also ein Cessionsvertrag der bezeichneten Art in Haupt- und Nebensache nur persönliche Rechte zum Gegenstande hat.

Nun beschränkt man sich aber nicht auf den unmittelbaren Vertragsgegenstand, sondern führt an, daß die Erlangung einer Hypothek durch einen Rechtstitel bedingt sei, greift dann nach dem Worte: „betreffen“ — und sagt, daß zu den ein dingliches Recht betreffenden Verträgen offenbar auch diejenigen gehören, welche die Brücke zur Erlangung eines solchen Rechtes bilden, indem Art. 14 ganz allgemein spreche und nicht unterscheide, ob der Vertrag ein dingliches Recht unmittelbar oder nur mittelbar betreffe.

Das Wort „betreffen“ ist von so außerordentlicher Dehnbarkeit, daß es fast jeder Grenze spottet, und die Gesetzgebung konnte sich dieses Wortes hier nur unter der wohlberechtigten Voraussetzung bedienen, daß man, wie zur Interpretation aller anderen Gesetze, so auch zur richtigen Auffassung des Art. 14, nicht ausschließend das grammatische, sondern insbesondere auch das systematische Auslegungselement, d. i. das Verhältniß, in welchem Art. 14 zu anderen gesetzlichen Be-

stimmungen und zum ganzen Rechtssysteme steht, gebührend beachten werde.

Schon Diejenigen, welche die Cessionen der Hypothekforderungen dem Art. 14 unterwerfen, sind schlechterdings nicht im Stande, ihre Meinung durchzuführen, ohne die bekannte Rechtsregel, daß die Nebensache dem Schicksale der Hauptsache folge, geradezu umzukehren und die Hauptsache wegen der Nebensache untergehen zu lassen; noch auffallender sündigen gegen diese Regel Diejenigen, welche für die Cessionen der nur mit Hypothektitel versehenen Forderungen die notarielle Beurkundung verlangen; denn ihnen genügt schon die bloße Möglichkeit einer künftigen Hypothek zur Vernichtung der Hauptsache, obwohl selbst diese Möglichkeit wieder verschwinden kann, wenn z. B. vor der Eintragung der Hypothek die Sache an einen Dritten veräußert, oder nach §. 73 des Hyp.-Ges. das gerichtliche Verbot eingetragen wird.

Die Nebensache mag zwar häufig der Bestimmungsgrund zur Eingehung des Vertrages sein, juristisch bleibt sie nichtsdestoweniger die Nebensache; so wie denn bei der ganz objektiv gehaltenen Fassung des Art. 14 der Bestimmungsgrund schon überhaupt nicht entscheiden kann.

Die Unrichtigkeit der Behauptung, daß die auf Erwerbung eines dinglichen Rechtes gerichtete Absicht, wenn der Vertrag auch nur mittelbar zu dieser Erwerbung führt oder führen kann, die Nothwendigkeit notarieller Beurkundung begründe, erweist sich am klarsten aus ihren über den Sinn und Zweck des Art. 14 weit hinausgehenden Konsequenzen.

Wenn A. dem B. zum Ankaufe eines bestimmten Anwesens ein Darlehen zusichert, und B. dagegen verspricht, er werde, wenn er das Anwesen erworben, dem A. auf diesem Anwesen einen Rechtstitel zur Hypothek einräumen, — soll A. das Geld zur

Bezahlung des Anwesens verweigern, oder soll B., wenn er das Anwesen durch das Geld des A. erworben, die Einräumung des versprochenen Rechtstitels ablehnen dürfen?

Man kann noch einen Schritt weiter gehen. A. ist Gläubiger des B. und verspricht dem C., welcher auf B. großen Einfluß hat, eine Summe Geldes als Lohn, wenn er den B. bewege, ihm, dem A., für seine Forderung einen Hypothektitel einzuräumen.

Auch hier ist die Absicht des A. auf Erwerbung eines dinglichen Rechtes gerichtet und er bedient sich des Vertrages mit C. als eines Mittels zur Erreichung dieser Absicht. Wird sich A., wenn ihm C. zum Hypothektitel verholfen hat, durch Bezug auf Art. 14 von der Zahlung des Lohnes befreien können?

A. trifft mit seinem Hypothekschuldner B. ein Uebereinkommen, wonach er die Hypothek löschen zu lassen, B. dagegen statt der Hypothek Staatspapiere als Pfand einzustellen hat. Hier handelt es sich um vertragsmäßige Entsagung der Hypothek, der Vertrag betrifft also die Veräußerung eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache. Wird nun, wenn A. die Löschung bewerkstelligt hat, B. auf Grund des Art. 14 die Aushändigung des Pfandes verweigern dürfen?

Die Anhänger der hier bekämpften Meinung werden diese Frage bejahen müssen, obwohl die Löschung eine vollendete Thatfache und die Reparation in häufigen Fällen unmöglich ist. Zwar ist bisher noch nicht vernommen worden, daß man auch für Hypotheklöschungen eine notarielle Beurkundung verlange; allein wenn auch nach §. 107 des Hyp.-Ges. die Löschung auf einseitigen Antrag vollzogen werden kann, so muß doch das Hypothekenamt, wenn die hier bestrittene Auslegung des Art.

14 richtig ist, auf der Vorlage einer Notariatsurkunde bestehen, sobald ihm gesagt wird, daß die Löschung wegen vertragsmäßiger Entfugung der Hypothek geschehen soll.

Statt aller weiteren Beispiele soll nur noch an den Aktienverkehr erinnert werden. Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist im Gesamteigenthume derselben. Die Gesellschaft bleibt als solche, als Ganzes, trotz allem Wechsel in den Personen der Aktionäre das unveränderte Rechtssubjekt, so daß dieser Wechsel die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Immobilien und Rechte nicht unmittelbar betrifft. Mittelbar aber betrifft er dieselben, weil die Aktionäre Theilhaber des Vermögens sind und über dasselbe nach Maßgabe der Statuten, sei es in der Generalversammlung oder durch eine bereits bestellte oder erst zu bestellende Repräsentation, zu verfügen haben.

Demnach gehört, nach jener Auslegung, der ganze Aktienverkehr in die Hände des Notars; sonst beruft sich der Cedent oder der Cessionar, je nachdem die Kurse steigen oder fallen, einfach auf Art. 14, um den Handel zu vernichten und die eingebüßte Kursdifferenz wiederzugewinnen.

Auf solche Abwege geräth man durch so schrankenlose Auffassung des Wortes „betreffen“. Ist diese Auffassung richtig, dann werden die Kontrahenten jedesmal mit der größten Sorgfalt zu untersuchen haben, ob nicht ein Schattentheilchen eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache in ihr Geschäft hereinstreife; Art. 14 wird statt der beabsichtigten Sicherheit überallhin nur Unsicherheit der Rechte verbreiten; und nur die Wortbrüchigkeit wird ihres unverdienten Lohnes so ziemlich sicher sein.

Rm.

2.

Kautionspflicht der Ausländer.

Wie in einem Erkenntniß vom 3. Juni 1845 (Bl. f. RA. Bd. XVI S. 16 d. Erg.-Bl. Nr. 7), so hat auch neuerlich der oberste Gerichtshof angenommen, daß Forensen in Beziehung auf den Anspruch auf Kautionsleistung eines nicht mit Grundbesitz in Bayern versehenen Ausländers den Inländern gleichstehen, dabei aber ausgesprochen, daß als Forensen im gesetzlichen Sinne nur jene Ausländer betrachtet werden können, welche in Bayern Viegenschaften zu unwiderruflichem Eigenthum erworben haben. Die Forenseneigenschaft wurde daher einem Ausländer abgesprochen, welcher (erst nach angestellter Klage) ein unbedeutendes Grundstück erkaufte, in diesem (Schein-) Verträge aber dem Verkäufer zu jeder Zeit das Rückkaufsrecht zugestanden hatte.

DAOGerf. v. 26. März 1866 RMr. 466⁶⁵/₆₆.

77.

3.

Restitution gegen das Versäumnis eines präjudiziellen Termines wegen entschuldbaren Irrthumes des Anwaltes.

Wenn die Versäumung eines präjudiziellen Termines nicht von der Partei selbst, sondern von ihrem Anwalte ausging, kann auch bei bestehender Zahlungsfähigkeit des letzteren die Partei Restitution erlangen, wenn der Grund des Versäumnisses auf einem nicht von ihr erregten entschuldbaren Irrthume des Anwaltes beruhte.

DAOGerf. v. 23. Dez. 1865 RMr. 121⁶⁵/₆₆.

77.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze. — Beweis zum ewigen Gedächtniß. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. Tragweite der Ausnahme von der Regel ihrer Gemeinschaftlichkeit. — Einfluß der Simulation auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen. — Gerichtszeit. — Die im Laufe der Voruntersuchung aus einem Gutachten Sachverständiger sich ergebende Verbrechenseigenschaft einer That bleibt für die Frage der Zuständigkeit auch dann maßgebend, wenn durch eine weitere Erhebung während der Voruntersuchung diese Qualität wieder zweifelhaft wird. — Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen eines von demselben im Auslande begangenen Verbrechens ist außer dem Falle der Ergreifung des Verdächtigen jener Untersuchungsrichter zuständig, welcher zuerst von dem beschuldigten Verdachte amtlich Kenntniß erhalten hat. — Berichtigung.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Hauser.

Die oben S. 33—38, S. 49—59 u. S. 97—110 mitgetheilten Erörterungen sollen hier durch eine Betrachtung derjenigen Bestimmungen ergänzt werden, welche in den in Bayern geltenden Wechsel- und Handelsprozeßgesetzen in Beziehung auf das in Handels- und Wechselfachen gegen die Erben des ursprünglich Verpflichteten einzuhaltende Verfahren und die Zuständigkeit hierbei vorkommen.

Die ausführlichste Bestimmung in Beziehung auf zu belangende Erben enthält die Augsburger Wechselordnung v. 1778 Kap. X §. 12:

„Betreffend die Erben eines Wechselschuldners, wenn diese zur Verfallzeit zu zahlen sich weigerten,

so ist die Verlassenschaft des Schuldners in Beschlag zu nehmen, sodann den Erben eine Frist von zwei Monaten zu verstaten, in welcher sie sich zu erklären haben, ob sie die Erbschaft antreten wollen oder nicht. Wenn sie sich dann als Erben erklären, so wird gegen sie ebenso als gegen Wechselschuldner nach Wechselrecht verfahren. Wenn sie aber die Erbschaft cum beneficio inventarii antreten oder auch sich derselben gar ent schlagen wollen, muß die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden. Und wenn sie in der gesetzten Zeit sich gar nicht erklären würden, ist auf ferneres Anrufen die Exekution, jedoch nur auf die Verlassenschaft, zu vollziehen“.

Diese Stelle, welche in gerichtlichen Entscheidungen eine sehr verschiedenartige Auffassung erfahren hat und noch erfährt, bedarf einer näheren Untersuchung.

Nach der aufgeführten Vorschrift ist auf Auftrag des Wechselgläubigers zunächst zur Sicherung desselben die Beschlagnahme des Nachlassens beizufügen, sodann dem erbbarechtigen Besagten, sofern derselbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, eine Frist zur Erklärung zu eröffnen. Wird in dieser Frist keine Erklärung abgegeben, so ist auf weiteres Anrufen die Exekution in das nachgelassene Vermögen zu vollziehen.

Das Stillschweigen ist hier nach dem in Augsburg geltenden gemeinen Rechte als Antretung gegenüber dem Gläubiger anzusehen, jedoch wird bei dieser Rechtsfolge die Vollstreckung auf das Erbvermögen beschränkt. Da ein solcher fingirter Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars keinen Gebrauch gemacht hat, so kann er auch die aus derselben entspringende Vollstreckungsrede nicht vorbringen. Somit trifft hier der Vollstreckung durch das Handelsgericht kein rechtliches Hinderniß entgegen.

110 Wird dagegen in der eröffneten Frist eine Erbschaft abgelehnt und thut die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses angetreten, so soll gegen den Erben ebenso wie gegen Wechsel Schuldner nach Wechselrecht verfahren werden. In dem 25 heißt: „gegen Wechsel Schuldner“, nicht aber „gegen Wechsel Beklagte,“ hat diese Vorschrift das Stadium, in welchem die Wechsel Schuld bereits feststeht, folglich schon vollstreckbar ist, im Auge und bestimmt wohl, daß gegen einen solchen Erben wie gegen einen Wechsel Schuldner auf den vollen Betrag der Wechsel Schuld die wechselseitliche Exekution stattfinden.

Wird aber die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses angetreten, und die Zahlung von dem Erben verweigert, so muß in dem Stadium des vorigen Falles, welches auch hier als vorausgesetzt angenommen werden muß, also in dem Exekutions Stadium, die Sache an das Civilgericht verwiesen werden. Nach dem subsidiär geltenden gemeinen Rechte Winkte der Benefizialerbe nur mit Rücksicht auf die Beerdigungs-, Inventars- und Erbschaftsverwaltungskosten die erbchaftliche Liquidation und dadurch die Verweisung der Sache an das ordentliche Civilgericht veranlassen. Zufolge der Vorschrift der Augsbarger Wechselordnung soll aber diese Verweisung überhaupt stattfinden, wenn der Benefizialerbe die Zahlung verweigert.

110 Wird sich endlich der Erbschaft entschlagen, so kann eine Klage überhaupt nicht gegenüber vom Erben, sondern nur von einem Kurator der liegenden Erbschaft, welcher von dem ordentlichen Civilgericht zu bestellen ist, gebracht werden. Ist eine Klage zur Richtigstellung notwendig, so gehört dieselbe zur Verhandlung und Entscheidung an das Wechselgericht, zur Vollstreckung ist aber die Sache wie gegenüber einem Benefizialerben an das Civilgericht verwiesen.

Frühere gerichtliche Entscheidungen haben die Stelle von dem Benefizialerben auch auf das Stadium der Richtigstellung bezogen und deshalb die Unzuständigkeit des Wechsel- und Wechsantilgerichtes auch für die Klage gegen Benefizialerben angenommen; vgl. Bl. f. R. W. Bd. XI S. 184; Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. III S. 110, Bd. IV S. 446.

In der betrachteten Stelle wird jedoch nur bestimmt, wie gegen Benefizialerben, die Richtigstellung der Schuld vorausgesetzt, zu verfahren sei, und lediglich die Vollstreckung gegen solche die Zahlung verweigernde Erben wird an die ordentlichen Zivilgerichte verwiesen.

Für diese Auslegung spricht schon die äußere Stellung, welche die Vorschrift unter den Bestimmungen über das Vollstreckungsverfahren, Kap. X S. 7 — 13, einnimmt. — Kap. X, welches in den §§. 2 — 6 das Verfahren über die Richtigstellung behandelt, bezeichnet nämlich in S. 7 die zulässigen Vollstreckungsmaßnahmen, behandelt in S. 8 und 9 den Einfluß einer Intervention und der Gantmäßigkeit auf die Exekution, normiert in S. 10 die Einlösungsfrist bei der Mobilarexekution, und bestimmt in S. 11 den Zeitpunkt für die Begründung eines gerichtlichen Pfandes; nun folgt in S. 12 die aufgeführte Vorschrift in Betreff der Erben und dann schließt das Kapitel mit der Bestimmung in S. 13 über den Einfluß der Berufung auf die Exekution.

Ferner weist die Schlußbestimmung, daß „auch ferneres Anrufen, die Exekution . . . zu vollziehen“ darauf hin, daß S. 12 das Vollstreckungsstadium im Auge habe, wie auch der Ausdruck „Wechselschuldner“ darauf deutet, daß hier die Liquidität der Schuld überhaupt vorausgesetzt werde.

Desgleichen spricht hierfür die Analogie der Ver-

Annahmen über den Konkurs (Kap. X §. 8). Denn da dem Wechselgerichte gegenüber dem beklagten Gemeinschuldner nicht die Behandlung der Richtigstellung, sondern nur die Exekution entzogen werde so kann nicht angenommen werden, daß die Richtigstellung gegenüber einem beklagten Benefizialerben vor dem Wechselgerichte ausgeschlossen werden wollte. Endlich steht die gegentheilige Ansicht im Widerspruche mit Kap. X §. 2, wonach Wechselklagen bei den Bürgermeisterämtern als erster Instanz in allen summarischen Sachen (in der Folge bei dem Wechselgerichte) anzustellen sind.

In Folge eines negativen Kompetenzkonfliktes in Ansehung der Klage aus einem Wechsel gegen Benefizialerben wurde, auch durch Urtheil des obersterlichen Senates für Kompetenzkonflikte v. 19. April 1856 entschieden: „daß die Wechsel- und Merkantilerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Streitsache zuständig seien;“ s. Bl. f. R. A. Bd. XXI S. 212 ff. In gleicher Weise wurde von dem bezeichneten Senate in einem späteren Kompetenzkonflikte entschieden; s. Bd. XXVII S. 362 d. n. D.

So weit der entscheidende Theil des obersterlichen Urtheiles geht, steht dasselbe den hier erörterten Grundsätzen nicht entgegen. Denn entschieden wurde nur, daß auf eine Wechselklage gegen Benefizialerben die Handelsgerichtsbarkeit zur Verhandlung und Entscheidung begründet sei. Die Frage, ob auch die Vollstreckung gegen Benefizialerben und die Behandlung der erb-schaftlichen Liquidation dem Handelsgerichte zukommen, wurde nicht entschieden.

In neuester Zeit hatte sich mit dieser Rechtsfrage auch das k. Handelsappellationsgericht Nürnberg in zwei Fällen zu befassen. Das Handelsgericht München r./Sf. hatte in einem Falle, in wel-

dem die beklagten Benefizialerben die Insolvenz angezeigt hatten, in Betreff der Vollstreckung gegen die Benefizialerben unter Bezug auf die Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 die Unzuständigkeit des Handelsgerichtes ausgesprochen, weil die Untersuchung, wie groß die Erbschaftsaktiven und die Passiven, und in welcher Ordnung oder zu welchen Theilen die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen seien, in die Zuständigkeit des ordentlichen Civilgerichtes falle.

Auf Berufung des Klägers wurde von dem I. Handelsappellationsgerichte Nürnberg die Zuständigkeit des Handelsgerichtes auch für die Vollstreckung angenommen und in den Gründen bemerkt, daß die Unhaltbarkeit der unter Bezugnahme auf die Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 aufgestellten Ansicht längst nachgewiesen sei, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen und Entscheidungen des oberstrichterlichen Senates für Kompetenzkonflikte (Bl. f. RA. Bd. 21 S. 212 und Bd. 27 S. 362) einfach verwiesen werden könne.

Diese Verweisung auf die oberstrichterlichen Entscheidungen ist wohl nicht zutreffend, weil dieselben, wie schon hervorgehoben wurde, nur die Handelsgerichtszuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung der Sache, also zur Richtigerstellung des Anspruches, bejahen. Die Ausführungen zu den oberstrichterlichen Urtheilen aber, welche allerdings viel weiter reichen als das Urtheil selbst, beruhen auf einer veralteten, unhaltbaren Anschauung über das rechtliche Wesen des Wechsels.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.
Beweis zum ewigen Gedächtniß. Gemeinschaftlichkeit der
Beweismittel. Tragweite der Ausnahme von der Regel
ihrer Gemeinschaftlichkeit.

Bgl. Ob. XXIII S. 368; Ob. XXV S. 311; Ob. XXVIII S. 400.

Die Beflagten hatten Zeugen zum ewigen Ge-
dächtnisse abhören lassen. Nachdem den Klägern der
Beweis ihres Klagegrundes, dem Beflagten der
Beweis einer Einrede auferlegt worden war, nahen
den Klägern in seiner Beweisantretung auf die Aus-
sagen zweier jener Zeugen Bezug, welche zu einem
Aufheben der Beweisantretung zum ewigen Gedächtnisse
Angaben gemacht hatten, welche zum Beweise des
Klagegrundes sehr dienlich waren. Die Beflagten
verzichteten auf den direkten Gegenbeweis, traten
aber ihren Schwerebeweis an.

Die Vorinstanzen hatten den Kläger zum Er-
füllungsbeide über den Beweis der Klage gelassen,
die Beflagten verlangten dagegen zum Haupt- oder
Reinigungsbeide, hierüber gelassen zu werden, weil
die einfache Bezugnahme auf die Zeugenaussagen
zum Beweisantritte nicht genüge, auch die Gemein-
schaftlichkeit der Zeugen dadurch aufgehoben sei, daß
sich auf dem Gegenbeweis gegen den Beweis des
Klägers verzichteten.

Der oberste Gerichtshof verwarf diese Beschwerde
und sagte dabei in den Entscheidungsgründen:

Die Beflagten erneuern zunächst den Versuch,
zur Geltung zu bringen, daß die bloße Bezugnahme
des Klägers auf das Ergebnis der auf ihren An-
trag zum ewigen Gedächtnisse gepflogenen Zeugens-
vernehmung beim Beweisantritte unzulässig und je-

denfalls die Wirkung einer aus dieser Vernehmung zu Gunsten des Klägers und Beweisführers abzuleitenden Gemeinschaftlichkeit dieser Zeugen durch den von ihnen erklärten Verzicht auf den Gegenbeweis wieder aufgehoben sei. Sie erörtern, daß durch den Antrag auf Vernehmung von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse eine Beweisführung noch gar nicht bezieht sei und ein wirklicher Beweistritt nicht vorliege, sohin auch eine Gemeinschaftlichkeit der Zeugschaft nicht eintrete, daß es sich vielmehr nur um ein zum Vortheile des Antragstellers gegen den Verlust von Zeugen getroffene Sicherheitsmaßregel, wobei es dann im Belieben der Partei stehe, im Beweisverfahren davon Gebrauch zu machen, handle, und deduziren weiter, was die Beseitigung der Wirkung einer Gemeinschaftlichkeit der Zeugschaft durch den Abstand des Produzenten vom Beweise betrifft, daß die Gerichtsordnung hier nur den Beweis im Auge habe, auf welchen sich die Zeugenaussage zu beziehen hatte. Diese Ausführung ist ungegründet. Es kann darauf nicht ankommen, daß der Antrag auf Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse als ein Beweistritt nicht gelten kann. Ein solcher Antrag bezweckt allerdings nur eine vorgriffsweise Vornahme des Abhörraktes, wobei es der Willkür des Imploranten anheimgegeben bleibt, ob er, wenn es zum Beweistritt kommt, sich desselben bedienen will; aber die Abhör von Zeugen beruht auf der Realproduktion derselben, und die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit der Zeugschaft ist, wie auch schon nach dem hier die Quelle für die Vorschrift der Gerichtsordnung bildenden gemeinen Rechte angenommen wird (vergl. Beyer's Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, 7. Aufl. S. 448), nicht an die Beweisantretung sondern an die Realproduktion nach Kap. X §. 9 d. C.D. und den Anmerk. hierzu geknüpft. Sie ist also nothwendig

Wg dieselbe, wie bei einer Vernehmung in Folge eines im Beweisverfahren erklärten Beweisantretes, und besteht darin, daß dem Gegner ganz das gleiche Recht wie dem Produzenten zugeht, die Zeugschaft für sich zu benützen. Dem Gegner muß daher auch die Bestimmung der Ziff. 7 §. 21 Kap. X d. G.O. zu Statten kommen, und es muß genügen, wenn er sich auch seinerseits auf die Zeugenauflagen bloß bezieht. Der Wirkung der Gemeinschaftlichkeit steht auch nicht im Wege, daß die Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse als eine zu Gunsten des Imploranten gewährte Sicherheitsmaßregel in Betracht kommen und zum Vortheile desselben dienen soll. Denn die Sicherung ist nur gegen die Gefahr eines Verlustes des Zeugen gewährt, und der Vortheil liegt eben nur darin, daß diesem außerhalb des gewöhnlichen Beweisverfahrens gepflogenen Akte, wenn sich später bei der Beweisantretung darauf bezogen wird, dieselbe Geltung und Wirksamkeit wie einer Abhör im Beweisverfahren zukommt; keineswegs aber kann die Sicherung und der Vortheil darin gesucht werden, daß die Stellung des Gegners jener gegenüber, wie sie für ihn bei einer Beweisantretung innerhalb des Beweisverfahrens durch die Realproduktion eintritt, verschlimmert werde.

Was die Verzichtleistung auf den Gegenbeweis anbelangt, auf welche sich die Revidenten noch berufen, so ist diese unzureichend, weil sie sich nicht auf den Einredebeweis erstreckt, letzterer vielmehr von den Beklagten wirklich angetreten wurde. Die Bestimmung der Gerichtsordnung an der angeführten Stelle §. 9, wonach die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit der Zeugen cessirt, wenn der Produzent von dem Beweise völlig absteht, trifft mit der Auffassung zusammen, welche über deren Umfang begründet ist. Eine Beschränkung ist an sich in der angezogenen Vorschrift des §. 9 nicht enthalten, vielmehr spricht

die allgemeine Fassung in den Anmerkungen geradezu für eine unbegrenzte Tragweite, während die Bestimmung des §. 12 Kap. IX d. G.D. und die Erläuterungen in den Anmerkungen keinen Zweifel darüber übrig lassen, daß unter dem Ausdruck „Gegenbeweis“ nicht bloß der direkte Gegenbeweis, sondern auch der Einredebeweis vom Gesetze begriffen ist. Es läßt sich daher auch nur die Auslegung rechtfertigen, daß die Gemeinschaftlichkeit der Zeugenschaft dem Gegner des Produzenten nicht, bloß für den direkten Gegenbeweis, sondern auch für den Einredebeweis zu statten komme. (Vergl. Bl. f. R. Bd. XXV S. 311 ff.) In notwendiger Folge hiervon kann auch nur angenommen werden, daß die Gerichtsordnung unter dem völligen Beweisabstande, welchen sie als Ausnahme für den Ausschluß einer Gemeinschaftlichkeit von Zeugenschaften zu Gunsten des Produzenten aufstellt, den Verzicht auf jeden Beweis, welchen der Produzent zu führen in der Lage ist, verstanden wissen will. Mit vollem Rechte haben demgemäß die beiden Vorinstanzen als zulässig und ausreichend erachtet, daß von dem Kläger innerhalb der Beweisfrist zum Zwecke der Aufrechterkung des ihm obliegenden Hauptbeweises auf die von den Zeugen R. und G. bei der Abhör zum ewigen Gedächtnisse zu Art. V der Aufstellung der Beflagten behauptete Aussage lediglich Bezug genommen wurde.

DAErf. p. 17. März 1866 Nr. 1938⁶¹.

77.

2.

Einfluß der Simulation auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, über welche Notariatsurkunden errichtet werden müssen.

Vgl. Bd. XXX S. 360.

Die Grundsätze, welche der oberste Gerichtshof in dem a. a. O. mitgetheilten Falle aufstellte, hat

er auch in einem anderen zur Anwendung gebracht, welcher sich von jenem dadurch unterscheidet, daß die nebenbei stipulirte Erhöhung des Kaufpreises nicht mündlich versprochen, sondern darüber eine Privatschuldurkunde ausgestellt wurde. Die Unterscheidungsgründe des neueren Erkenntnisses sagen:

Nach Art. 14 des Notar.-Gesetzes sind Verträge, welche dingliche Rechte an Immobilien zum Gegenstande haben, nur gültig, insoferne sie durch Notariatsakt beurkundet sind.

Die Form der Beurkundung gehört hier zum Wesen des Vertrages, und was nicht im Notariatsakte steht oder auf dem Wege der Interpretation darin gefunden werden kann, gilt rechtlich als nicht geschehen.

Von nicht beurkundeten Nebenverabredungen solcher Verträge ist im Zweifel zu präsumiren, daß sie nicht ernstlich gemeint gewesen, oder daß sie durch spätere Abrede geändert worden seien. Ist diese Präsumtion widerlegt durch den zulässigen Nachweis, daß die Nebenverabredungen wirklich Bedingung der Gültigkeit des Vertrages sein sollten und daß sie entweder mit Absicht oder aus Irrthum im Akte verschwiegen werden, so fällt der Vertrag selbst als unwirksam aus.

So wie der Vertrag verabredet war, ist er nicht verbrieft, ist also formell nichtig, und so wie er verbrieft ist, was er nicht verabredet, ist also materiell nichtig.

In vorliegendem Falle behauptet Kläger, es sei beim Abschlusse des Kaufvertrages von einem großen Theile der Kaufsumme die Summe von 1000 fl. oder Rastenerparkiß halber, im Akte verschwiegen und dafür ein besonderer Schuldschein ausgestellt worden. Ist diese Behauptung richtig — und falls der vorgelegte Schuldschein ächt ist, scheint

Dieses allerdings der Fall zu sein, insbesondere da Beklagte nicht anzugeben vermögen, aus welcher anderen Gründen jener Schuttschein gleichzeitig mit dem Tauschvertrage ausgestellt und in Händen des Klägers belassen worden sei, — so ist ein wesentlicher Theil jenes Tauschvertrages nicht verbrieft, d. h. derselbe ist in einem wesentlichen Theile simulirt und daher nichtig. Die Folge ist, daß Kläger auf Grund seiner Behauptungen weder die im Akte verschwiegenen 1000 fl. noch die darin enthaltenen 700 fl. einklagen kann.

Letztere Summe könnte er nur dann fordern, wenn er den Notariatsakt, so wie er lautet, anerkennen würde; er kann aber nicht, im Widersprache mit sich selbst, einerseits auf Grund des Aktes klagen, und andererseits Thatsachen geltend machen, welche diesen Akt als nicht rechtsbeständig erscheinen lassen.

OABGrt. v. 20. April 1866 RNr. 538⁶⁶/₇₇.

3.

Gerichtszeit.

In der Frage, ob bei einer auf eine Vormittagsstunde anberaumten Tagfahrt, insbesondere einer solchen zur Eidesleistung, der Geladene als ungehorsam erscheine, wenn er erst am Nachmittage erscheint, — hat sich der oberste Gerichtshof neuerlich wieder für die mildere, verneinende Ansicht entschieden, wie sie in unseren Blättern Bd. VIII S. 1, Bd. IX S. 305 und 406, Bd. XV S. 30, Bd. XVI S. 58 ausgeführt ist (über die strengere Ansicht vgl. Bd. IX S. 345 u. 408).

OABGrt. v. 20. März 1866 RNr. 332⁶⁶/₇₇.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXVI.

Die im Laufe der Voruntersuchung aus einem Gutachten Sachverständiger sich ergebende Verbrechenseigenschaft einer That bleibt für die Frage der Zuständigkeit auch dann maßgebend, wenn durch eine weitere Erhebung während der Voruntersuchung diese Qualität wieder zweifelhaft wird.

In der Sache gegen Justinus Forster, Bauernknecht von Reichertsbosen, wegen Körperverletzung u. s. a. hatte sich durch abweichende Gutachten des Medizinalkomitees München und des Obermedizinalausschusses über die Folgen der Körperverletzung ein Kompetenzkonflikt zwischen den 1. Bezirksgerichten Michach und Donauwörth ergeben, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit des 1. Bezirksgerichtes Michach aussprach.

Das oberstgerichtliche Erkenntniß ist auf die Erwägungen gegründet:

a) daß Justinus Forster sich dringend verdächtig gemacht hat:

1) in der Nacht auf den 3. Juni v. J. den Zimmergesellen Ignaz Brigelmaier zu Oberpeiching im Sprengel des 1. Bezirksgerichtes Michach durch einen Schlag mit einem Prügel am rechten Arme beschädigt,

2) am 6. September Abends im Orte Reichertsbosen zum 1. Bezirksgerichte Donauwörth gehörig — den ledigen Michael Wohlfahrt von dort wegen

einer gegen ihn, Forster, abgelegten gerichtlichen Zeugschaft körperlich mißhandelt.

3) in den Tagen des 9. — 11. September zum Nachtheile des Zimmergesellen Wobelmair zu Neuburg einen Betrug verübt zu haben;

b) daß diese Reale ad. 2 und 3 als Vergehen sich charakterisiren, und daß Anfangs auch der Real ad. 1 als ein Vergehen behandelt worden ist, so daß für sämtliche Delikte die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters zu Donauwörth, welcher mit der Ladung des Verdächtigen am 21. September 1863 vorgegangen war, allerdings gegeben erschien;

c) ferner jedoch, daß die dem Ignaz Prigelmaier zugefügte Körperverletzung nach einem noch im Stadium der Voruntersuchung erhaltenen Gutachten des k. Medizinalkomites München dahin beurtheilt ist, daß sie einen bleibenden Nachtheil am Körper des Beschädigten zur Folge habe, und daß der hierdurch angezeigte Thatbestand eines Verbrechens durch den später, ebenfalls noch im Bereiche der Voruntersuchung abgegebenen, entgegengesetzten Ausspruch des Obermedizinalausschusses noch keineswegs beseitigt erscheint, vielmehr immer der Thatbestand eines Verbrechens in Frage bleibt;

d) endlich, daß diese Lage der Voruntersuchung für die hier obshawebende Kompetenzfrage maßgebend ist, da bei dem somit gegebenen Zusammentreffen der Vergehen mit einem Verbrechen nicht mehr die Prävention entscheidet, sondern dasjenige Untersuchungsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk — hier also Aichach — die als Verbrechen indizirte That verübt wurde, wonach von selbst auch die Zuständigkeit des erkennenden Gerichtes sich bestimmt.

Erst. d. O. G. S. p. 12. Sept. 1864 Nr. 38d

Wegen 1101 und 1102 1864 1865 1866 1867 1868 1869 1870 1871 1872 1873 1874 1875 1876 1877 1878 1879 1880 1881 1882 1883 1884 1885 1886 1887 1888 1889 1890 1891 1892 1893 1894 1895 1896 1897 1898 1899 1900 1901 1902 1903 1904 1905 1906 1907 1908 1909 1910 1911 1912 1913 1914 1915 1916 1917 1918 1919 1920 1921 1922 1923 1924 1925 1926 1927 1928 1929 1930 1931 1932 1933 1934 1935 1936 1937 1938 1939 1940 1941 1942 1943 1944 1945 1946 1947 1948 1949 1950 1951 1952 1953 1954 1955 1956 1957 1958 1959 1960 1961 1962 1963 1964 1965 1966 1967 1968 1969 1970 1971 1972 1973 1974 1975 1976 1977 1978 1979 1980 1981 1982 1983 1984 1985 1986 1987 1988 1989 1990 1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014 2015 2016 2017 2018 2019 2020 2021 2022 2023 2024 2025 2026 2027 2028 2029 2030 2031 2032 2033 2034 2035 2036 2037 2038 2039 2040 2041 2042 2043 2044 2045 2046 2047 2048 2049 2050 2051 2052 2053 2054 2055 2056 2057 2058 2059 2060 2061 2062 2063 2064 2065 2066 2067 2068 2069 2070 2071 2072 2073 2074 2075 2076 2077 2078 2079 2080 2081 2082 2083 2084 2085 2086 2087 2088 2089 2090 2091 2092 2093 2094 2095 2096 2097 2098 2099 2100 2101 2102 2103 2104 2105 2106 2107 2108 2109 2110 2111 2112 2113 2114 2115 2116 2117 2118 2119 2120 2121 2122 2123 2124 2125 2126 2127 2128 2129 2130 2131 2132 2133 2134 2135 2136 2137 2138 2139 2140 2141 2142 2143 2144 2145 2146 2147 2148 2149 2150 2151 2152 2153 2154 2155 2156 2157 2158 2159 2160 2161 2162 2163 2164 2165 2166 2167 2168 2169 2170 2171 2172 2173 2174 2175 2176 2177 2178 2179 2180 2181 2182 2183 2184 2185 2186 2187 2188 2189 2190 2191 2192 2193 2194 2195 2196 2197 2198 2199 2200 2201 2202 2203 2204 2205 2206 2207 2208 2209 2210 2211 2212 2213 2214 2215 2216 2217 2218 2219 2220 2221 2222 2223 2224 2225 2226 2227 2228 2229 2230 2231 2232 2233 2234 2235 2236 2237 2238 2239 2240 2241 2242 2243 2244 2245 2246 2247 2248 2249 2250 2251 2252 2253 2254 2255 2256 2257 2258 2259 2260 2261 2262 2263 2264 2265 2266 2267 2268 2269 2270 2271 2272 2273 2274 2275 2276 2277 2278 2279 2280 2281 2282 2283 2284 2285 2286 2287 2288 2289 2290 2291 2292 2293 2294 2295 2296 2297 2298 2299 2300 2301 2302 2303 2304 2305 2306 2307 2308 2309 2310 2311 2312 2313 2314 2315 2316 2317 2318 2319 2320 2321 2322 2323 2324 2325 2326 2327 2328 2329 2330 2331 2332 2333 2334 2335 2336 2337 2338 2339 2340 2341 2342 2343 2344 2345 2346 2347 2348 2349 2350 2351 2352 2353 2354 2355 2356 2357 2358 2359 2360 2361 2362 2363 2364 2365 2366 2367 2368 2369 2370 2371 2372 2373 2374 2375 2376 2377 2378 2379 2380 2381 2382 2383 2384 2385 2386 2387 2388 2389 2390 2391 2392 2393 2394 2395 2396 2397 2398 2399 2400 2401 2402 2403 2404 2405 2406 2407 2408 2409 2410 2411 2412 2413 2414 2415 2416 2417 2418 2419 2420 2421 2422 2423 2424 2425 2426 2427 2428 2429 2430 2431 2432 2433 2434 2435 2436 2437 2438 2439 2440 2441 2442 2443 2444 2445 2446 2447 2448 2449 2450 2451 2452 2453 2454 2455 2456 2457 2458 2459 2460 2461 2462 2463 2464 2465 2466 2467 2468 2469 2470 2471 2472 2473 2474 2475 2476 2477 2478 2479 2480 2481 2482 2483 2484 2485 2486 2487 2488 2489 2490 2491 2492 2493 2494 2495 2496 2497 2498 2499 2500 2501 2502 2503 2504 2505 2506 2507 2508 2509 2510 2511 2512 2513 2514 2515 2516 2517 2518 2519 2520 2521 2522 2523 2524 2525 2526 2527 2528 2529 2530 2531 2532 2533 2534 2535 2536 2537 2538 2539 2540 2541 2542 2543 2544 2545 2546 2547 2548 2549 2550 2551 2552 2553 2554 2555 2556 2557 2558 2559 2560 2561 2562 2563 2564 2565 2566 2567 2568 2569 2570 2571 2572 2573 2574 2575 2576 2577 2578 2579 2580 2581 2582 2583 2584 2585 2586 2587 2588 2589 2590 2591 2592 2593 2594 2595 2596 2597 2598 2599 2600 2601 2602 2603 2604 2605 2606 2607 2608 2609 2610 2611 2612 2613 2614 2615 2616 2617 2618 2619 2620 2621 2622 2623 2624 2625 2626 2627 2628 2629 2630 2631 2632 2633 2634 2635 2636 2637 2638 2639 2640 2641 2642 2643 2644 2645 2646 2647 2648 2649 2650 2651 2652 2653 2654 2655 2656 2657 2658 2659 2660 2661 2662 2663 2664 2665 2666 2667 2668 2669 2670 2671 2672 2673 2674 2675 2676 2677 2678 2679 2680 2681 2682 2683 2684 2685 2686 2687 2688 2689 2690 2691 2692 2693 2694 2695 2696 2697 2698 2699 2700 2701 2702 2703 2704 2705 2706 2707 2708 2709 2710 2711 2712 2713 2714 2715 2716 2717 2718 2719 2720 2721 2722 2723 2724 2725 2726 2727 2728 2729 2730 2731 2732 2733 2734 2735 2736 2737 2738 2739 2740 2741 2742 2743 2744 2745 2746 2747 2748 2749 2750 2751 2752 2753 2754 2755 2756 2757 2758 2759 2760 2761 2762 2763 2764 2765 2766 2767 2768 2769 2770 2771 2772 2773 2774 2775 2776 2777 2778 2779 2780 2781 2782 2783 2784 2785 2786 2787 2788 2789 2790 2791 2792 2793 2794 2795 2796 2797 2798 2799 2800 2801 2802 2803 2804 2805 2806 2807 2808 2809 2810 2811 2812 2813 2814 2815 2816 2817 2818 2819 2820 2821 2822 2823 2824 2825 2826 2827 2828 2829 2830 2831 2832 2833 2834 2835 2836 2837 2838 2839 2840 2841 2842 2843 2844 2845 2846 2847 2848 2849 2850 2851 2852 2853 2854 2855 2856 2857 2858 2859 2860 2861 2862 2863 2864 2865 2866 2867 2868 2869 2870 2871 2872 2873 2874 2875 2876 2877 2878 2879 2880 2881 2882 2883 2884 2885 2886 2887 2888 2889 2890 2891 2892 2893 2894 2895 2896 2897 2898 2899 2900 2901 2902 2903 2904 2905 2906 2907 2908 2909 2910 2911 2912 2913 2914 2915 2916 2917 2918 2919 2920 2921 2922 2923 2924 2925 2926 2927 2928 2929 2930 2931 2932 2933 2934 2935 2936 2937 2938 2939 2940 2941 2942 2943 2944 2945 2946 2947 2948 2949 2950 2951 2952 2953 2954 2955 2956 2957 2958 2959 2960 2961 2962 2963 2964 2965 2966 2967 2968 2969 2970 2971 2972 2973 2974 2975 2976 2977 2978 2979 2980 2981 2982 2983 2984 2985 2986 2987 2988 2989 2990 2991 2992 2993 2994 2995 2996 2997 2998 2999 3000 3001 3002 3003 3004 3005 3006 3007 3008 3009 3010 3011 3012 3013 3014 3015 3016 3017 3018 3019 3020 3021 3022 3023 3024 3025 3026 3027 3028 3029 3030 3031 3032 3033 3034 3035 3036 3037 3038 3039 3040 3041 3042 3043 3044 3045 3046 3047 3048 3049 3050 3051 3052 3053 3054 3055 3056 3057 3058 3059 3060 3061 3062 3063 3064 3065 3066 3067 3068 3069 3070 3071 3072 3073 3074 3075 3076 3077 3078 3079 3080 3081 3082 3083 3084 3085 3086 3087 3088 3089 3090 3091 3092 3093 3094 3095 3096 3097 3098 3099 3100 3101 3102 3103 3104 3105 3106 3107 3108 3109 3110 3111 3112 3113 3114 3115 3116 3117 3118 3119 3120 3121 3122 3123 3124 3125 3126 3127 3128 3129 3130 3131 3132 3133 3134 3135 3136 3137 3138 3139 3140 3141 3142 3143 3144 3145 3146 3147 3148 3149 3150 3151 3152 3153 3154 3155 3156 3157 3158 3159 3160 3161 3162 3163 3164 3165 3166 3167 3168 3169 3170 3171 3172 3173 3174 3175 3176 3177 3178 3179 3180 3181 3182 3183 3184 3185 3186 3187 3188 3189 3190 3191 3192 3193 3194 3195 3196 3197 3198 3199 3200 3201 3202 3203 3204 3205 3206 3207 3208 3209 3210 3211 3212 3213 3214 3215 3216 3217 3218 3219 3220 3221 3222 3223 3224 3225 3226 3227 3228 3229 3230 3231 3232 3233 3234 3235 3236 3237 3238 3239 3240 3241 3242 3243 3244 3245 3246 3247 3248 3249 3250 3251 3252 3253 3254 3255 3256 3257 3258 3259 3260 3261 3262 3263 3264 3265 3266 3267 3268 3269 3270 3271 3272 3273 3274 3275 3276 3277 3278 3279 3280 3281 3282 3283 3284 3285 3286 3287 3288 3289 3290 3291 3292 3293 3294 3295 3296 3297 3298 3299 3300 3301 3302 3303 3304 3305 3306 3307 3308 3309 3310 3311 3312 3313 3314 3315 3316 3317 3318 3319 3320 3321 3322 3323 3324 3325 3326 3327 3328 3329 3330 3331 3332 3333 3334 3335 3336 3337 3338 3339 3340 3341 3342 3343 3344 3345 3346 3347 3348 3349 3350 3351 3352 3353 3354 3355 3356 3357 3358 3359 3360 3361 3362 3363 3364 3365 3366 3367 3368 3369 3370 3371 3372 3373 3374 3375 3376 3377 3378 3379 3380 3381 3382 3383 3384 3385 3386 3387 3388 3389 3390 3391 3392 3393 3394 3395 3396 3397 3398 3399 3400 3401 3402 3403 3404 3405 3406 3407 3408 3409 3410 3411 3412 3413 3414 3415 3416 3417 3418 3419 3420 3421 3422 3423 3424 3425 3426 3427 3428 3429 3430 3431 3432 3433 3434 3435 3436 3437 3438 3439 3440 3441 3442 3443 3444 3445 3446 3447 3448 3449 3450 3451 3452 3453 3454 3455 3456 3457 3458 3459 3460 3461 3462 3463 3464 3465 3466 3467 3468 3469 3470 3471 3472 3473 3474 3475 3476 3477 3478 3479 3480 3481 3482 3483 3484 3485 3486 3487 3488 3489 3490 3491 3492 3493 3494 3495 3496 3497 3498 3499 3500 3501 3502 3503 3504 3505 3506 3507 3508 3509 3510 3511 3512 3513 3514 3515 3516 3517 3518 3519 3520 3521 3522 3523 3524 3525 3526 3527 3528 3529 3530 3531 3532 3533 3534 3535 3536 3537 3538 3539 3540 3541 3542 3543 3544 3545 3546 3547 3548 3549 3550 3551 3552 3553 3554 3555 3556 3557 3558 3559 3560 3561 3562 3563 3564 3565 3566 3567 3568 3569 3570 3571 3572 3573 3574 3575 3576 3577 3578 3579 3580 3581 3582 3583 3584 3585 3586 3587 3588 3589 3590 3591 3592 3593 3594 3595 3596 3597 3598 3599 3600 3601 3602 3603 3604 3605 3606 3607 3608 3609 3610 3611 3612 3613 3614 3615 3616 3617 3618 3619 3620 3621 3622 3623 3624 3625 3626 3627 3628 3629 3630 3631 3632 3633 3634 3635 3636 3637 3638 3639 3640 3641 3642 3643 3644 3645 3646 3647 3648 3649 3650 3651 3652 3653 3654 3655 3656 3657 3658 3659 3660 3661 3662 3663 3664 3665 3666 3667 3668 3669 3670 3671 3672 3673 3674 3675 3676 3677 3678 3679 3680 3681 3682 3683 3684 3685 3686 3687 3688 3689 3690 3691 3692 3693 3694 3695 3696 3697 3698 3699 3700 3701 3702 3703 3704 3705 3706 3707 3708 3709 3710 3711 3712 3713 3714 3715 3716 3717 3718 3719 3720 3721 3722 3723 3724 3725 3726 3727 3728 3729 3730 3731 3732 3733 3734 3735 3736 3737 3738 3739 3740 3741 3742 3743 3744 3745 3746 3747 3748 3749 3750 3751 3752 3753 3754 3755 3756 3757 3758 3759 3760 3761 3762 3763 3764 3765 3766 3767 3768 3769 3770 3771 3772 3773 3774 3775 3776 3777 3778 3779 3780 3781 3782 3783 3784 3785 3786 3787 3788 3789 3790 3791 3792 3793 3794 3795 3796 3797 3798 3799 3800 3801 3802 3803 3804 3805 3806 3807 3808 3809 3810 3811 3812 3813 3814 3815 3816 3817 3818 3819 3820 3821 3822 3823 3824 3825 3826 3827 3828 3829 3830 3831 3832 3833 3834 3835 3836 3837 3838 3839 3840 3841 3842 3843 3844 3845 3846 3847 3848 3849 3850 3851 3852 3853 3854 3855 3856 3857 3858 3859 3860 3861 3862 3863 3864 3865 3866 3867 3868 3869 3870 3871 3872 3873 3874 3875 3876 3877 3878 3879 3880 3881 3882 3883 3884 3885 3886 3887 3888 3889 3890 3891 3892 3893 3894 3895 3896 3897 3898 3899 3900 3901 3902 3903 3904 3905 3906 3907 3908 3909 3910 3911 3912 3913 3914 3915 3916 3917 3918 3919 3920 3921 3922 3923 3924 3925 3926 3927 3928 3929 3930 3931 3932 3933 3934 3935 3936 3937 3938 3939 3940 3941 3942 3943 3944 3945 3946 3947 3948 3949 3950 3951 3952 3953 3954 3955 3956 3957 3958 3959 3960 3961 3962 3963 3964 3965 3966 3967 3968 3969 3970 3971 3972 3973 3974 3975 3976 3977 3978 3979 3980 3981 3982 3983 3984 3985 3986 3987 3988 3989 3990 3991 3992 3993 3994 3995 3996 3997 3998 3999 4000 4001 4002 4003 4004 4005 4006 4007 4008 4009 4010 4011 4012 4013 4014 4015 4016 4017 4018 4019 4020 4021 4022 4023 4024 4025 4026 4027 4028 4029 4030 4031 4032 4033 4034 4035 4036 4037 4038 4039 4040 4041 4042 4043 4044 4045 4046 4047 4048 4049 4050 4051 4052 4053 4054 4055 4056 4057 4058 4059 4060 4061 4062 4063 4064 4065 4066 4067 4068 4069 4070 4071 4072 4073 4074 4075 4076 4077 4078 4079 4080 4081 4082 4083 4084 4085 4086 4087 4088 4089 4090 4091 4092 4093 4094 4095 4096 4097 4098 4099 4100 4101 4102 4103 4104 4105 4106 4107 4108 4109 4110 4111 4112 4113 4114 4115 4116 4117 4118 4119 4120 4121 4122 4123 4124 4125 4126 4127 4128 4129 4130 4131 4132 4133 4134 4135 4136 4137 4138 4139 4140 4141 4142 4143 4144 4145 4146 4147 4148 4149 4150 4151 4152 4153 4154 4155 4156 4157 4158 4159 4160 4161 4162 4163 4164 4165 4166 4167 4168 4169 4170 4171 4172 4173 4174 4175 4176 4177 4178 4179 4180 4181 4182 4183 4184 4185 4186 4187 4188 4189 4190 419

CLXVII.

Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen eines von demselben im Auslande begangenen Verbrechens ist außer dem Falle der Ergreifung des Verdächtigen keiner Untersuchungsbefehl erforderlich, welcher zwar von dem bestellenden Verdict amtl. Kenntniß erhalten hat.

— An den Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München i. S. waren zwei Requisitionen des k. k. Kreisgerichtes Znaim in Mähren gelangt, welche wegen eines Diebstahles, dessen sich dort der Tagelöhner Valentin Asam von Geldmoching verdächtig gemacht, nähere Erhebungen theils über einen einzelnen Verdachtsgrund, theils über den Aufenthalt des Verdächtigen bezweckten.

Die k. Polizeidirektion München, an welche diese Requisitionen vom gedachten Untersuchungsrichter zur eigenen Erledigung abgegeben worden waren, stellte nach erhaltener Nachricht, daß Asam zu Würzburg als krank in das Jullius-Spital aufgenommen worden sei, — an den Untersuchungsrichter zu München die Anfrage, ob er sich nicht nach Art. 10 des StGB. der strafgerichtlichen Einschreitung gegen Asam annehmen wolle.

Da im Laufe der hienach eröffneten Korrespondenz zwischen den Untersuchungsrichtern an den k. Bezugsgerichten München i. S. und Würzburg jeder derselben die Zuständigkeit von sich ab und auf den anderen zuwälzen suchte, ergab sich ein vereinernder Kompetenzkonflikt, der vom obersten Gerichtshofe für die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am k. Bezirksgerichte München entschieden wurde, in der Erwägung:

1) daß hinsichtlich des im Bezirke des k. k. Kreisgerichtes Znaim verübten Diebstahles der gegen Valentin Asam angezeigte Verdacht nach Art. 10 d. StGB. von 1861 und Art. 30 d. k. k. StGB. von 1813 von

einem inländischen Gerichte, weiter zu erheben, eventuell deshalb mit strafrechtlicher Untersuchung vorzugehen ist;

2) daß in Betreff der Zuständigkeit des inländischen Gerichtes der eben allegirte Art. 30 weiter bestimmt, daß der bayerische Unterthan wegen der im Auslande begangenen Verbrechen von dem inländischen Gerichte, wo er ergriffen wurde, — zu untersuchen sei; —

3) daß eine Ergreifung des Beizichtigeten hier nicht stattgefunden hat, und es sich vielmehr erst um die Zuständigkeit zur Einleitung vorgängiger, die Verhaftung bedingender Erhebungen handelt;

4) daß in einem solchen Falle, wo die Verhaftung noch nicht eingetreten ist, oder zu deren Vornahme überhaupt kein gesetzlicher Grund vorliegt, unter dem im Art. 30 als zur Untersuchung zuständig bezeichneten Gerichte dasjenige zu verstehen ist, welches zuerst veranlaßt und in der Lage war, gegen den Thäter mit Untersuchung einzuschreiten, endlich:

5) daß dieß hier der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München L./J. war, welcher durch die Requisitionen vom 19. September und 3. November 1864, dann durch das Schreiben der k. Polizeidirektion München vom 17. November zuerst von dem verübten Verbrechen Kenntniß erhalten hat, und in dessen Bezirke Valentin Asam auch schon früher zu wiederholten Malen strafrechtlich abgeurtheilt worden ist.

Erk. d. OGH. v. 30. Dezember 1864. UB. 43.

Berichtigung.

§. 197 B. 3 v. u. statt: „unpersönliche“ lies: „nur persönliche“.

Redact.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Halsb. Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
 zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze. (Fortsetzung.) — Die Cession einer mit einem vertragmäßigen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek versehenen Forderung bedarf nach Art. 14 des Rotariatsgesetzes der materiellen Beurkundung. — Der Beweis der Unordenlichkeit kann nicht durch den Nachweis ersetzt werden, daß in einem früheren, hinter Menschengedenken zurückliegenden Zeitpunkt für das fragliche Rechtsverhältnis ein anderer, als der erwiesene Zustand in Geltung war. — Entschädigungsanspruch wegen Veränderung eines Feldweges durch eine Eisenbahnanlage. — Die Forderung gegen einen Schleferbeder auf Zahlung des Kaufpreises für das demselben zur akkordmäßigen Herstellung eines Daches gelieferte Material gehört nicht zum Handelsgerichte. — Berichtigung.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Gausser.
 (Fortsetzung.)

Der Kardinalsatß der in dem handelsappellationsgerichtlichen Urtheile in Bezug genommenen Ausführung des obersten Gerichtshofes besteht nämlich in Folgendem:

Das eigenthümliche gerichtliche Verfahren zur Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche bildet einen Bestandtheil der Wechselstrenge, in welcher eben das Charakteristische des Wechsels liegt, und eine aus einem Wechsel abgeleitete Forderung, welche nicht in dem für Wechselfachen bestehenden eigenthümlichen Verfahren und, wo für dieses Verfahren besondere Gerichte bestellt sind, vor dem Wechselgerichte gel-

tend gemacht werden kann, ist eben deshalb keine im Wechselrechte begründete.“

Das Charakteristische des Wechsels liegt nun aber keineswegs in der Wechselstrenge, nämlich dem besonderen Gerichtsverfahren, insbesondere dem Wechselarreste, welcher unter der Wechselstrenge im eigentlichen Sinne verstanden wird. Gerade gegen die Erben ist die eigentliche Wechselstrenge, der Wechselarrest, nicht zulässig (Wechs.-Ordn. Art. 2 Ziff. 1). Gleichwohl verliert der Wechsel durch Beerbung des Schuldners seinen rechtlichen Charakter nicht, wie selbst in den oberstrichterlichen Ausführungen angenommen wird. Ebenso wenig ändert sich etwas an dem rechtlichen Charakter des Wechsels, wenn dessen Verfolgung nicht in dem eigenthümlichen Wechselverfahren stattfindet. So ist z. B. in §. 3 der nassauischen Wechsel-Prozessordnung v. 7. Nov. 1848 ausdrücklich ausgesprochen, daß die Grundsätze des Wechselrechtes auch bei einer im ordentlichen Prozesse eingeleiteten Wechselklage zur Anwendung kommen. Auch das Anhaltische Wechselprozeßgesetz v. 21. Juli 1850 §. 5 spricht sich dahin aus, daß bei Geltendmachung der Wechselverbindlichkeit im ordentlichen Verfahren die von den Vorschriften des Wechselprozesses unabhängigen Grundsätze des Wechselrechtes Anwendung finden. Selbst vom I. Handelsappellationsgerichte Nürnberg wird der Wechselcharakter in Fällen festgehalten, wo von demselben für die Verhandlung der Klage aus einem Wechsel der Executivprozeß zugelassen wird. Noch unter der Herrschaft der allgemeinen deutschen Wechselordnung gab ¹⁾ und gibt ²⁾ es Gebiete, in welchen für

¹⁾ Vor nicht langer Zeit noch Schaumburg-Lippe. •

²⁾ Die deutschen Gebietstheile, in welchen die französische Gerichtsordnung gilt.

Wechselklagen überhaupt kein besonderes Wechselverfahren bestand, beziehungsweise besteht; und doch galten und gelten daselbst rechtsförmliche Wechselverpflichtungen als wahre Wechsel, nach Maßgabe der allgemeinen deutschen Wechselordnung, mithin als „im Wechselrechte begründete“ Forderungen.

Um ein am nächsten liegendes Beispiel anzuführen, wird einer förmlichen Wechselverschreibung in der Rheinpfalz der Charakter eines Wechsels und einer im Wechselrechte begründeten Forderung nicht abgesprochen, obwohl dort ein eigenthümliches Verfahren für die Geltendmachung derselben nicht besteht.

Das Charakteristische der Wechselforderung beruht in Wahrheit in der formalen Begründung der Schuldforderung durch ein von dem Verpflichtungsgrunde abgezogenes (abstraktes), schon als solches rechtsgiltiges Summenverprechen. Eine aus einem rechtsförmlichen Wechsel abgeleitete Forderung ist im Wechselrechte begründet, weil sie nach wechselrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, mag was immer für ein Verfahren zu ihrer Geltendmachung in Anwendung kommen.

Mit dem unhaltbaren Kardinalsage jener Ausführungen müssen aber auch die darauf gebauten Folgerungen zusammen fallen. Die Vorschrift der Augsbürger Wechselordn. Kap. X §. 12 ist daher nicht „als eine wechselrechtliche“ aufzufassen, weil sie die Gerichtsbarkeit und das Gerichtsverfahren betrifft und als solche nichts mit dem rechtlichen Wesen des Wechsels gemein hat. Unrichtig ist folglich auch der daraus gezogene praktische Schluß, daß „die eben angeführte Bestimmung der Augsbürger Wechselordnung keine Anwendung mehr findet; da nach Art. 1 des Ges. v. 25. Juli 1850 mit dem 1. Januar 1851 die allgemeine deutsche Wechselordnung an die Stelle der in den einzelnen Theilen

des Königreiches bis dahin bestandenem wechselrechtlichen Vorschriften getreten ist."

In einem weiteren Rechtsfalle, in welchem von den Benefizialerben auf Grund des Inventars die Unzulänglichkeit der Erbschaft dargelegt und die Verweisung der Sache zur Liquidation an das ordentliche Gericht beantragt wurde, erkannte das k. Handelsgericht München r./St., an seiner früheren Ansicht festhaltend, im Sinne dieses Antrages.

Auf Berufung wurde von dem k. Handelsappellationsgerichte zu Nürnberg unter ausführlicher Begründung der Ansicht, daß das Handelsgericht die Vollstreckung vorzunehmen habe, abändernd erkannt. Die Gründe lassen sich, so weit sie hieher gehören, auf zwei neue Anschauungen zurückführen.

Für's Erste wurde die Bestimmung der Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 als eine nicht prozessuale, sondern wechselrechtliche Vorschrift und daher durch die allgemeine deutsche Wechselordnung und das Einführungsgezet hiezu als aufgehoben erachtet, weil nach jener Bestimmung dem Wechsel gegenüber Benefizialerben jede Wechselkraft entzogen sei.

Eine solche Annahme findet jedoch weder in der angeführten Stelle der Augsburger Wechselordnung noch in derselben überhaupt eine Unterstützung. Daß durch den Tod des Wechselverpflichteten jede Wechselkraft aufhöre, also die Wechselforderung als solche erlösche, widerlegt §. 12 Kap. X der Augsburger Wechselordnung ausdrücklich. Denn hier wird für die Wechsellschuld die Beschlagnahme des Nachlasses ohne Untersuchung darüber, ob, abgesehen von der Wechselverpflichtung, eine Schuld bestehe, und auch ohne Rücksicht darauf, ob und in welcher Weise die Erbberechtigten sich über die Erbschaft erklärt haben, zugelassen; ferner im Falle der vorbehaltlosen Erbschaftsannahme das Wechsel-

verfahren gegen die Erben, wie gegen Wechsel-
schuldner selbst, angeordnet; dergleichen im Falle
der Nichterklärung über die Erbschaft die Exekution
für die Wechselfchuld auf den Bestand der Erb-
schaftsmasse für statthaft erklärt.

Demnach müßte jene exorbitante Wirkung in Folge
der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses
eintreten. Aber in Augsburg hat diese Rechtswohlthat
nur die gemeinrechtlichen Wirkungen, welche
den Rechtsbestand einer Verpflichtung des Erb-
lassers nicht berühren, sondern nur die vermögens-
rechtliche Haftung des Erben auf den Belauf der
Erbschaftsmasse beschränken. Es wird sich wohl
auch keine Gesetzgebung aufweisen lassen, die dieser
Rechtswohlthat eine schulverlöschende Wirkung,
sei es auch nur in Beziehung auf Wechselfchuld,
zuschriebe. Vor der allgemeinen Deutschen Wechsel-
ordnung war nur streitig, ob die Erben des Wechsels
verpflichteten auch dem Wechselarreste unterliegen
oder nicht. Vgl. Thöl, Wechselrecht S. 301 (Aus-
gabe von 1847) und die Motive zu S. 2 des
preussischen Entwurfes einer Wechselordnung. Diese
Streitfrage wurde nun durch die deutsche Wechsel-
ordnung Art. 2 Ziff. 1 entschieden.

Mag man die besprochene Vorschrift der Augs-
burger Wechselordnung in Betreff der Benefizial-
erben nur von der Vollstreckung, oder aber von dem
Streitverfahren überhaupt verstehen, so kann in der-
selben nach den Grundsätzen der wissenschaftlichen
Gesetzesauslegung doch nicht der Ausspruch einer
Wechselfchuld-Erlöschung gefunden werden.
Die allgemeine deutsche Wechselordnung konnte somit
in dieser Beziehung nichts ändern. —

Selbst wenn man die Bestimmungen der
Augsburger Wechselordnung nur auf das Verfahren
beziehen wollte, — so wird in dem handelsappellations-
gerichtlichen Erkenntnisse zweiten § argumentirt, —

müßte dieselbe, nachdem die Gesetzgebung die Eröffnung des Konkurses von Amtswegen beseitigt und im Handelsgesetzbuche dem Gläubiger im weitesten Umfange das Recht, sich selbst zu decken und gegenüber den anderen Gläubigern zu sichern, gewährt habe, um so mehr als unanwendbar erachtet werden, als dem Gläubiger dadurch die Verfolgung seiner Rechte fast unmöglich gemacht würde.

Wie durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch die Bestimmung der Augsburger Wechselordnung unanwendbar werden könnte, ist nach den rechtlichen Begriffen, welche von der Derogation älterer Gesetzesvorschriften durch neuere gelten, nicht einzusehen. Abgesehen davon, daß das gemeinsame deutsche Handelsgesetzbuch nichts auf dem wechselrechtlichen Gebiete zu ändern beabsichtigte (Handelsgesetzbuch Art. 2), so berühren die handelsgesetzlichen Bestimmungen die Frage der Gerichtsbarkeit und des Verfahrens, um die es sich in jener Bestimmung der Augsburger Wechselordnung handelt, ganz und gar nicht. Auch können die Pfand- und Zurückbehaltungsrechte, welche das Handelsgesetzbuch den Kaufleuten, nicht den „Gläubigern“ überhaupt, zu ihrer Deckung und Sicherung gegenüber den anderen Gläubigern gewährt, doch keine Wirkung auf Vermögensbestandtheile der Erbschaft äußern, an welchen solche Rechte nicht bestehen.

Die Cant-Eröffnung von Amtswegen, welche auch nach Augsburgerischem Rechte schon vor Einführung der bayerischen Gerichtsordnung zulässig war, steht mit der erörterten Bestimmung bezüglich der Benefizialerben in keiner ausschließlichen Beziehung. Denn wäre dieselbe allein von dem Falle der Cantmäßigkeit der Erbschaft zu verstehen, so hätte es einer solchen Vorschrift gar nicht bedurft, da §. 8 Kap. X der Augsburger Wechselordnung

Schon fällt den „Fall der Sanftmüthigkeit“ überhaupt bestimmt, daß „die Exekution nicht vorgenommen oder fortgesetzt werden“ dürfe, „sondern das ganze Schuldenwesen an das Stadtgericht zu rechtlicher Gebühr zu verweisen“ sei.

Die Vorschrift in Betreff der Benefizialerben gilt nicht bloß im Falle der Sanftmüthigkeit, auch nicht bloß bei Ungewißheit der Zulänglichkeit der Erbschaft, sondern überhaupt im Falle der Zahlungsweigerung des Benefizialerben, in welchem die gerichtliche Hilfsvollstreckung einzutreten hat. Könnte auch eine Veranlassung zu dieser Gesetzesbestimmung die Erwägung gewesen sein, daß im Falle der Zahlungsverweigerung von Seite des Benefizialerben die Erbschaft unzulänglich oder doch die Zulänglichkeit ungewiß sein werde²⁾, so geht doch die Verordnung des Gesetzgebers weiter als der mögliche Veranlassungsgrund. Daher kann aus der nunmehrigen Unzulänglichkeit der Konfursöffnung von Amtswegen die Aufhebung jener Gesetzesbestimmung keineswegs abgeleitet werden.

Wenn aber nun ein Gesetz die Vollstreckung gegenüber Benefizialerben an den ordentlichen Civilrichter verweist, so ist doch dem Gläubiger die Rechtsverfolgung nicht „unmöglich gemacht“. Der Civilrichter hat dann, wenn der Gläubiger vor ihm sein Recht verfolgt, in der Sache vorzufahren. —
(Schluß folgt.)

²⁾ Die Bestimmung könnte auch durch den Gedanken veranlaßt worden sein, daß bei einer Vollstreckung gegen Benefizialerben Streitigkeiten über die Identität von Erbvermögensstücken und über den Verlauf der Erbschaft entstehen können.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die Cession einer mit einem vertragsmäßigen Nachsteil zur Erwerbung einer Hypothek versehenen Forderung bedarf nach Art. 14 des Notariatsgesetzes der notariellen Beurkundung.

Vgl. oben S. 113, 193, 195 und 201.

Ein Gutverkäufer, M., welcher sich in einer Notariatsurkunde das Recht vorbehalten hatte, für den Kaufschilling zu 3000 fl. eine Hypothek eintragen zu lassen, bedirte, noch ehe er von diesem Rechte Gebrauch gemacht hatte, die Forderung außergerichtlich an Zahlungsstatt an die Gläubigerin D., ließ aber nachher dennoch die Kaufschillingsforderung auf seinen Namen im Hypothekenbuche eintragen. Die Gläubigerin D. erhob Klage und bat, den Beklagten für schuldig zu erkennen, die mit der an Zahlungsstatt überlassenen Kaufschillingsforderung zu 3000 fl. verbundenen Rechte in einer notariellen Urkunde an die Klägerin abzutreten und im Hyp.-Buche die Forderung auf den Namen derselben eintragen zu lassen. Der Beklagte wurde in der ersten und zweiten Instanz von der Klage entbunden. Die Klägerin stellte hiagegen als Revisionsbeschwerde auf, daß in den Erkenntnissen angenommen wurde, es sei zur rechtsgiltigen Cession eine notarielle Beurkundung des Vertrages nothwendig gewesen, und suchte diese Beschwerde insbesondere durch den Umstand zu rechtfertigen, daß zur Zeit, als die Cession stattfunden habe, der Cedent M. noch kein dingliches Recht — keine Hypothek — für die cedirte Kaufschillingsforderung erworben hatte.

Oberstrichterlich wurde diese Beschwerde folgendermaßen verbeschieden.

a) Durch den zwischen der Klägerin und dem

Beflagten abgeschlossenen Cessionenvertrag, zufolge dessen der Klägerin 3000 fl. an Zahlungsstatt überwiesen wurden, ist allerdings nur ein persönliches Rechtsverhältniß unter den Kontrahenten begründet worden. Würde der Vertragsgegenstand die Cession einer Forderung betroffen haben, zu deren Geltendmachung dem Cedenten selbst nur ein persönliches Klagerrecht gegen den Schuldner zugestanden hätte, so würde es keinem Zweifel unterliegen, daß die Cession einer Chirographarforderung auch ohne Errichtung einer Notariatsurkunde in rechtsgiltiger Weise habe geschehen können. Der Beflagte hat aber auf den Grund des ihm im Kaufvertrage v. 12. Januar 1863 ausdrücklich eingeräumten Rechtes für den Kauffchilling zu 3000 fl. bereits den Eintrag einer Hypothek erwirkt, folglich nicht bloß ein persönliches Recht gegen seinen Schuldner, sondern auch ein dingliches auf dessen vermögenshypothekirte Realitäten für seine Kauffchillingsforderung erworben; der Zweck der von der Klägerin erhobenen Klage ist ausdrücklich auf Erlangung dieses Hypothekenrechtes gerichtet. Das mit der Forderung zu 3000 fl. verbundene Recht des Beflagten bestand nach der Vertragsurkunde v. 12. Januar 1863 eben in der demselben eingeräumten Befugniß, nach Belieben und zu jeder Zeit auf das Grundvermögen seines Schuldners eine Hypothek eintragen zu lassen. Ist die Klägerin ihrem Klagantrage gemäß als Cessionarin der besagten Forderung im Hyp. Buche eingetragen, so hat sie ein dingliches Recht gegen den Schuldner erworben. Wenn aber durch Cession dasselbe Recht, welches dem Beflagten zustand, auf die Klägerin als Cessionarin übertragen werden sollte, so war zur Erlangung des dinglichen Rechtsanspruches von Seite der Klägerin gegen den Schuldner die Errichtung einer Notariatsurkunde erforderlich.

b) Der Umstand, daß zur Zeit der Cession nur ein persönlicher Forderungsanspruch auf Seite des Beklagten vorhanden war, ist nicht geeignet, die Anwendbarkeit der Bestimmung des Art. 14 des Notariatsgesetzes auszuschließen, weil ein Vertrag, durch welchen der Kontrahent ein nur eventuelles dingliches Recht erlangt¹⁾, dennoch in dem Falle der Beurkundung durch einen Notar bedarf, wenn der Kontrahent auf den Grund jenes Vertrages dieses eventuelle Recht in Anspruch nimmt und in derselben Weise für sich geltend machen will, wie es zuvor der Mitkontrahent ursprünglich gegen den Schuldner erworben hat. Ist mit einer Forderung für den Gläubiger zugleich ein vertragmäßiger Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek verbunden und wird von einem Dritten der Erwerb dieser Forderung mit dem ihr zukommenden Rechtstitel beabsichtigt, so betrifft das Rechtsgeschäft offenbar auch den Erwerb eines dinglichen Rechtes an den Immobilien des Schuldners, und es ist nur in das Belieben des Berechtigten gesetzt, ob und wann er von seiner erlangten Berechtigung wirklichen Gebrauch machen wolle.

DAÖGrf. v. 27. Januar 1865 Nr. 290^{67/68}.
S.*

2.

Der Beweis der Unvordenklichkeit kann nicht durch den Nachweis entkräftet werden, daß in einem früheren, hinter Menschengedenken zurück liegenden Zeitpunkte für das fragliche Rechtsverhältniß ein anderer, als der erwiesene Zustand in Geltung war.

Den in der Ueberschrift aufgestellten Grundsatz hat der oberste Gerichtshof in nachstehendem Falle zur Anwendung gebracht:

¹⁾ Vergl. hiezu die Erörterung oben S. 203. D. Red.

Die klagende Standesherrschaft hatte erwiesen, daß sie seit unvordenklicher Zeit, vom Jahre 1848 rückwärts gerechnet, von der beklagten Gemeinde als solcher ein Beetgeld im Betrage von 69 fl. 22 kr. 2 Gl. bezogen habe.

Die Gemeinde berief sich zum Gegenbeweise auf einen im J. 1480 zwischen dem Vorfahren des Standesherrn und einem Domprobste errichteten Vertrage über das Beetgeld, woraus hervorgehen sollte, daß dasselbe damals nicht von der Gemeinde als Gesamtheit im Gesamtbetrage, sondern von den einzelnen Beetpflichtigen in Theilbeträgen zu entrichten war, und daß es auch nur 37 fl. betrug.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Relevanz dieses Gegenbeweises und sagte in den Entscheidungsgründen:

Daß in der Sache entscheidende Verkommen ist nur dasjenige, welches unmittelbar vor der Publikation des Grundlasten-Aufhebungsgesetzes vom 4. Juni 1848, somit vor dem 13. desselben Monates noch bestanden hat. Würde daher nach jenem Vertrage von 1480 zur Zeit desselben der faktische Zustand mit dem fraglichen Beetgelde ein anderer als wie jenes Verkommen unmittelbar vor dem 13. Juni 1848 gewesen sein, so wäre solches nicht erheblich, weil der faktische Zustand von 1480 im Verlaufe der Zeit über Menschengedenken erwiesenermaßen sich in jenes allein entscheidende vor 1848 bestandene Verkommen umgestaltet hätte, und damit das zur Zeit des Vertrages von 1480 bestandene Verkommen erloschen wäre, — dieses andere ältere Verkommen, über welches die vernommenen Zeugen nichts verkundschafte, demnach jenes neuere über Menschengedenken bis 1848 bestandene, von welchem die Zeit seiner Entstehung gleichfalls ungewiß ist, nicht unwirksam machen könnte. Seuffert's Archiv Bd. XI S. 13 u. 164, Bd. XVII S. 8; Bl. f.

RA. Bd. XIII S. 8 Abs. 2 ff., dann S. 19 mit dem dort angezogenen oberstrichterlichen Erf. v. 17. Nov. 1857 (Nr. 1041^{55/56}).

Die beklagte Gemeinde bestreitet weiter, daß der jährliche Betrag des Beetgeldes herkömmlich in 69 fl. 22 kr. 2 hl. rheinischer Währung bestanden habe und bestehe, und gründet dieses hauptsächlich auf den Inhalt des Vertrages von 1480, wonach damals das Beetgeld nur 37 fl. rheinischer Währung betragen habe und womit feststehe, daß der nachzuweisende unbordenkliche Zustand zu jener Zeit ein anderer gewesen sei. Allein es steht in dieser Beziehung der Ausführung der beklagten Gemeinde daselbe wieder entgegen, was schon oben über den Inhalt des Vertrages von 1480 gesagt wurde. Es geht aus diesem Vertrage keineswegs hervor, wann und in welcher Art und Weise das Beetgeld entstanden ist; es wird sich vielmehr darin selbst auf ein schon damals bestandenes altes Herkommen bezogen, welchem aber durch das neuere auch über Menschengedenken bis zum Jahre 1648 bestandene derogirt worden ist, wie schon oben näher ausgeführt wurde.

Das Erf. v. 9. April 1866 Nr. 423^{65/66}.

77.

3.

Entschädigungsanspruch wegen Veränderung eines Feldweges durch eine Eisenbahnanlage.

Hierüber stellen die Entscheidungsgründe eines oberstrichterlichen Erkenntnisses folgende Grundsätze auf:

Die Klage ist gerichtet auf Entschädigung wegen des durch den Bahnbau zugefügten Schadens bzw. auf Herstellung einer Uebersahrt über die Bahn. Zur Begründung eines solchen Entschädigungsbe-

gehrens genügt nicht (wie Kläger meint) der Nachweis, daß durch den Bahnbau überhaupt ein Schaden entstanden sei, sondern es muß eine Rechtsverletzung stattgefunden haben.

Ist der in Frage stehende Fahrweg an jener Stelle, wo die Durchschneidung stattfand, ein öffentlicher Weg gewesen, so kann von einem Entschädigungsanspruche nicht die Rede sein, da Niemand ein Recht hat, Einspruch zu thun oder Schadenersatz zu verlangen, wenn in Folge der Verlegung eines solchen Weges für ihn ein Umweg entsteht oder sonstige Unbequemlichkeiten eintreten. Die durch die Gemeinde- und Distriktpolizeibehörde gegebene Zustimmung genügt in dieser Unterstellung, um die durch die Bahngesellschaft vorgenommene Wegregulierung für vollkommen berechtigt zu erachten, und alle Entschädigungsansprüche ferne zu halten.

Von einem durch Gebrauch erworbenen Privatrechte der Benutzung eines öffentlichen Weges, einer Servitut an demselben, kann natürlich keine Rede sein, wie dieses auch Kläger anerkennt.

Sollte daher die Klage begründet sein, so müßte Kläger behaupten und nachweisen können, daß zur Zeit des Bahnbaues jener Weg, insbesondere die betreffende Wegstelle, entweder ihm allein, oder aber in Gemeinschaft mit Anderen eigenthümlich gehörte. Dieses behauptet aber Kläger nicht, weder in der Klageschrift, noch in der Replik, noch sogar in späteren Schriftstücken; vielmehr deuten alle Thatfachen, die er anführt, entschieden dahin, daß es sich um einen öffentlichen Weg handelt und der Klagestellung bloß falsche Rechtsanschauungen zu Grunde liegen.

Während er nämlich in der Klageschrift von der Natur des Weges gar nichts sagt, offenbar der Ansicht habend, es genüge zur Entschädigungsklage einfach die Beschädigung durch Verlegung des Weges,

ergänzt er seine Klagebegründung in der Replik dahin, daß der fragliche Weg kein Gemeindeverbindungsweg sei (wie Beklagte behauptete), sondern von jeher ein bloßer Feldweg gewesen sei, der als solcher von den sämmtlichen Grundbesitzern betreffender Flurabtheilung benützt worden sei.

Offenbar war Kläger nunmehr der Ansicht, es genüge die Eigenschaft eines Feldweges, um den Charakter eines öffentlichen Weges zu beseitigen; allein hierin irrt er wieder, da auch Feldwege, die bloß örtlichen Zwecken dienen, und keine Verbindungswege zwischen Ortschaften sind, unbestritten zu den öffentlichen Wegen gehören, falls sie nicht nachweisbar Privateigenthum sind.

Zum Ueberflusse zeigen die besonderen Umstände des Falles, wie sie aus den klägerischen Aufstellungen, namentlich auch aus dem vom Kläger selbst vorgelegten Katasterplane hervorgehen, daß von einem Privateigenthume des Klägers die Rede nicht sein kann.

Es ist nämlich der fragliche Weg, welcher in der Nähe des Dorfes sich von der Hauptstraße abzweigt, ein die ganze Gemarkung durchziehender und sogar mit den Wegen benachbarter Gemarkungen in Verbindung stehender Fahrweg

Angeichts dieser Verhältnisse ist es ohne Verlang, wenn Kläger in der Replik behauptet, der fragliche Weg sei von den Grundbesitzern unterhalten worden, da das Unterhalten eines Weges durch die zunächst Betheiligten nicht hinreicht, ihn die Eigenschaft eines öffentlichen Weges zu nehmen, — wie denn sogar bei Distriktsstraßen im Gesetze vom 28. März 1852 der Fall vorgesehen ist, daß die aus dem Bau zunächst Vortheil ziehenden Gemeinden und Privaten freiwillige Zuschüsse leisten.

DASGerf. v. 14. April 1866 Nr. 488^{65/66}.

17.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXVIII.

Die Forderung gegen einen Schieferdecker auf Zahlung des Kaufpreises für das demselben zur auffordmässigen Herstellung eines Daches gelieferte Material gehört nicht zum Handelsgerichte.

Der Steindachpappfabrikant B. in M. hatte gegen den Schieferdeckermeister R. in Nürnberg auf Entrichtung des Kaufpreises für eine demselben zur auffordmässigen Herstellung eines Daches gelieferte Quantität Steinpappen und Theer Klage zuerst bei dem k. Stadtgerichte Nürnberg, und — nachdem dieses sich für inkompetent erklärt — bei dem k. Handelsgerichte Nürnberg gestellt.

Da auch dieses seine Zuständigkeit ablehnte, wurde vom Kläger der Kompetenzkonflikt angeregt und bei dessen Entscheidung vom obersten Gerichtshofe das k. Stadtgericht Nürnberg für zuständig erachtet, wobei sich der Gerichtshof in den Gründen folgendermaßen aussprach:

Die Klage des Fabrikanten B. läßt entnehmen, daß er an den Beklagten, Schieferdeckermeister R., Steindachpappen und Theer verkauft hat zur auffordmässig vom Käufer übernommenen Herstellung eines Daches auf einem Gebäude, bis zu dessen Herstellung dem Beklagten der Kaufpreis creditirt worden war.

Dieser Begründung zufolge zeigt die Klage, daß der Beklagte die bezeichneten Gegenstände keineswegs gekauft hat, um sie als dieselbe Waare oder auch noch als Waare nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung derselben selbst wieder mit Gewinn in weiteren Umsatz zu bringen, sondern um sie zum Zwecke der Ausübung seines Handwerkes als Schie-

ferbedecker für ein verdingenes Werk (opus) in der Art zu verwenden, daß dieselben auf solche Weise vielmehr der Eigenschaft einer für sich veräußerlichen Waare entkleidet werden.

Ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches kann daher hierin als gegeben nicht erachtet werden, da diese Gesetzesvorschrift mit Bestimmtheit voraussetzt, daß der Kauf oder die Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen zu dem Zwecke erfolgte, um diese Waaren oder beweglichen Sachen entweder wie angekauft oder auch nach einer Verarbeitung derselben in eine andere Form doch immer wieder als solche weiter zu veräußern.

Die Einführung dieser Klage vor einem Handelsgerichte erscheint daher gemäß Art. 64 des Einf.-Gesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuche unter allen Umständen wider diesen Beklagten unstatthaft, da R. kein Kaufmann ist und sich die Zuständigkeit des Handelsgerichtes außerdem nur dann ergäbe, wenn das Geschäft, aus welchem geklagt wird, auf Seite des Beklagten ein Handelsgeschäft wäre.

Die Bescheidung derselben fällt vielmehr in die Kompetenz des k. Stadtgerichtes Nürnberg sowohl im Hinblick auf ihren tatsächlichen und rechtlichen Inhalt überhaupt, als insbesondere mit Rücksicht auf die Größe der Klageforderungen, weshalb wie geschehen zu erkennen war:

Erk. d. OGH. v. 29. Okt. 1864. UB. Nr. 25.

Verichtigung:

S. 213 Z. 15 v. o. statt: „werbe“ lies: „wurde“ und streiche das dabei stehende Komma.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Ente (Adolph Ente) in Erfangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Reuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus WechseIn, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze. (Schluß). — Zur Lehre vom Erbverzichte nach bayerischem Landrechte. — Die durch eine unzulässige Revision erwachsenen Kosten trägt der Revident auch dann, wenn er nach Entstehung derselben auf das Rechtsmittel verzichtet. — Umfang der Haftung solcher Ehefrauen, welche mit den Ehemännern zu offenem Kram und Laden sitzen, für die Gewerbschulden. — Durchfahrtsrecht. Thorschluß. — Der Vertrag, wonach Jemand sich verpflichtet, das von ihm in einem dazu gepachteten Walde gewonnene Holz um einen bedungenen Preis zu liefern, ist auf Seite des Lieferanten kein Handelsgeschäft.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus WechseIn, kaufmännischen Anweisungen und in Handelsfachen, hier insbesondere über die desfalligen Bestimmungen der Augsburger Wechselordnung und der übrigen Wechsel- und Handelsprozeßgesetze.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Hauser.

(Schluß.)

Zufolge der Bestimmung des §. 21 der kurpfalz-bayerischen erneuerten und verbesserten Wechsel- und zugleich Wechsel- und Merkantil- Gerichts-Ordnung von 1785 gilt die Augsburger Wechselordnung für dieselbe als Aushilfsrecht⁴⁾).

⁴⁾ §. 21 a. a. O.: „Würden sich endlich Vorfälle ereignen, von denen in diesem WechseIpateute und in dieser Ordnung nichts angemerkt ist, sollen sie der Billigkeit nach entschieden und hauptsächlich die in Augsburg lezhin erneuerte Wechselordnung zur Richtschnur genommen werden.

Da nun die letztere zugleich Prozeßvorschriften enthält, so müssen auch diese als Aushülfsrecht in dem Anwendungsgebiete des ersteren Gesetzes gelten. Ueberdies gedenkt §. 21 ausdrücklich der Vorfälle, „von denen in diesem Wechselpatente und in dieser Ordnung nichts vorgemerkt ist“; daher gilt die Bezugnahme auf das Augsburger Recht nicht allein für die churpfälzbayerische Wechselordnung, sondern auch für die Wechsel- und Merkantilerichtsordnung. Daß unter „Wechselpatent“ die Wechselordnung zu verstehen sei, ergibt sich aus der ähnlichen Schlußbestimmung der churbayerischen und oberpfälzischen Wechselordnung von 1776, worin diese Wechselordnung als „Patent“ bezeichnet ist. Wenn aber unter „Wechselpatent“ die Wechselordnung verstanden ist, so muß mit den Worten „und in dieser Ordnung“ die Wechsel- und Merkantilerichtsordnung gemeint sein. Hieraus folgt aber, daß für die letztere auch die Bestimmung der Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 ein Aushülfsrecht bildet.

In dieser Hinsicht bemerken die Gründe zu der erwähnten Entscheidung des k. Handelsappellationsgerichtes von Nürnberg: In der Wechsel- und Merkantilerichtsordnung sei eine Trennung des Verfahrens in ein Stadium der Richtigstellung des Anspruches und ein Stadium der Vollstreckung allein in dem Falle der Uberschuldung und Konkursöffnung anerkannt; bei ihrem Schweigen über andere Fälle könne nicht auf subsidiäre Bestimmungen, welche von anderen Gesichtspunkten ausgehen, recurriert werden, selbst wenn man die Bestimmung des §. 21 der bayerischen Wechselordnung auch auf das Verfahren ausdehnen wollte; daher finde Kap. X §. 12 der Augsburger Wechselordnung keine Anwendung.

Wenn das Gesetz klar spricht, daß in Vor-

fällen, von denen in demselben „nichts angemerkt ist“, oder m. a. W. bei seinem Schweigen über andere Fälle die Augsburger Wechselordnung zur Richtschnur zu nehmen sei, so sagen die angeführten Gründe offenbar das Gegentheil, haben daher keine gesetzliche Berechtigung. —

Die Prozeßvorschriften der Augsburger Wechselordnung kommen auch für gewisse Merkantil-sachen in Anwendung. Als solche sind bezeichnet: der Umsatz von Geldern, Gold- und Silbermaterialien, Dispositionen auf ein oder mehrere Scontri, und durch einen ordentlichen Sencal geschlossene Waarenverkäufe (Kap. II §. 1, Kap. XII §. 7, Kap. XIV §. 2). Daraus folgt, daß die Prozeßvorschriften der Augsburger Wechselordnung und mithin auch die Bestimmungen des Kap. X §. 12 gemäß des angeführten, gleichfalls auf die Gerichtsordnung Bezug nehmenden §. 21 der churpfälzbayerischen Wechselordnung auch für die Handels-sachen in dem Gebiete der bayerischen Merkantil-Gerichtsbildung aushilfsweise Geltung haben. —

Diese Untersuchung bezüglich der fraglichen Vorschrift der Augsburger Wechselordnung hat den Rechtszustand vor dem bayerischen Einführungsge-setze zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche zur Grundlage. Es ist aber noch weiter zu prüfen, welche Aenderung jene Vorschrift durch dieses Gesetz erfahren habe?

Die Bestimmung der Augsburger Wechselordnung betrifft theils die Gerichtsbarkeit, theils das Verfahren: erstere, indem sie ausspricht, daß nicht das Wechsel- beziehungsweise Handelsgericht, sondern das ordentliche Civilgericht zur Vollstreckung gegenüber Benefizialerben oder einer liegenden (ausgeschlagenen) Erbschaft zuständig sei; letztere, indem sie anzeigt, wie das Wechselgericht hiebei zu verfahren habe.

Art. 67 Abs. I des Einführungsgesetzes bestimmt: „Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes erstreckt sich auf alle Wechselsachen und Klagen aus kaufmännischen Anweisungen“, und Art. 62 spricht aus: „Die Zuständigkeit des Handelsgerichtes erstreckt sich vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 64 auf alle Handelsachen“. Nur die Vollstreckung an unbeweglichen Sachen ist auf handelsgerichtliche Requisition den Einzelgerichten zugewiesen (Art. 75).

Insoferne nun die Augsburger Wechselordnung die Vollstreckung gegen Benefizialerben ohne Weiteres an die Civilgerichte verweist, steht sie nicht im Einklange mit dem Einführungsgesetze. Dasselbe ist der Fall bei der Vollstreckung gegen eine liegende (ausgeschlagene) Erbschaft, für welche ein Kurator bestellt ist. Nun gilt zwar die Regel, daß ein allgemeines Gesetz einem besonderen nicht derogire. Allein auf organisatorische Gesetze, welche eine durchgreifende Aenderung des Rechtszustandes ohne einen Vorbehalt bezüglich besonderer Vorschriften bezielen, findet jene Regel keine Anwendung⁵⁾. Daher dürfte die fragliche Bestimmung der Augsburger Wechselordnung nur für solche Fälle noch Gültigkeit haben, in welchen eine Verhandlung über weitere vor das ordentliche Civilgericht gehörige Ansprüche veranlaßt wird, also in Beziehung auf Benefizialerben, wenn ein Einwand gegen die Vollstreckung erhoben wird, welcher nach den einschlägigen Civilgesetzen geeignet ist, eine erbchaftliche Liquidation zu veranlassen.

In solchen Fällen greift dann das Verfahren statt, welches die Augsburger Wechselordnung a. a.

⁵⁾ Ausgesprochen ist die Aufhebung der früheren besonderen Vorschriften über die Gerichtsbarkeit in Art. 68 des Einf.-Gesetzes nur für Handelsachen.

D. vorschreibt. In dieser Richtung ist die Bedeutung der Vorschrift im Zusammenhange mit der Betrachtung über den Einfluß der Einrede des Benefizialerben auf das handelsgerichtliche Verfahren zu würdigen. —

Die Nürnberger Handelsgerichtsordnung v. 1804 und Wechselordnung von 1722 enthalten keine besonderen Vorschriften in Ansehung der Erben. Allein schon aus Art. 8 und 11 der Handelsgerichtsordnung über den Jurisdiktionsumfang des Handelsgerichtes ergibt sich, daß die erbschaftliche Liquidation auch im Wege der Einrede nicht vor dasselbe gebracht werden kann, weil hiebei noch andere von weiteren Gläubigern zu verfolgende Rechtsansprüche, welche nicht zur Handelsgerichtsbarkeit gehören, Gegenstand der Verhandlung und der Entscheidung bezüglich des Ranges und der etwaigen Vertheilung werden würden.

Wenn aus einem Wechsel oder einer kaufmännischen Anweisung die Rechtsverfolgung gegen Benefizialerben stattfindet, so kommt noch eine weitere Bestimmung in Anwendung. In solchen Streitsachen können nämlich Einreden, welche nicht urkundlich liquid gestellt werden, im Hinblick auf die Wechselordnung v. 1722 Kap. IV §. I, Kap. V §. IV, Kap. X §. II und auf die Handelsgerichtsordnung Art. 9 nicht berücksichtigt werden, sondern sind zur gesonderten Austragung zu verweisen. In dem gesonderten Verfahren nehmen dieselben aber die Richtung einer Widerklage an, für welche die Nürnberger Handelsgerichtsordnung Art. 45 ausdrücklich vorschreibt, daß sie bei dem Handelsgerichte nur dann vorgebracht werden kann, „wenn der Gegenstand derselben zu dessen Gerichtsbarkeit geeignet ist.“

Für Handelsrechtsstreitigkeiten ist nunmehr Art. 62 — 64 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche bezüglich des Umfanges der Han-

delsgerichtsbareit entscheidend, welche gleichfalls keine Ausdehnung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit auf die erbchaftliche Liquidation zulassen. —

Das preussische Landrecht Th. II Tit. 8 §. 897 bestimmt, daß, wenn die Erben auf Eröffnung des Liquidationsprozesses antragen, wider sie nicht wechselfähig verfahren werden könne.

Daraus ist zwar zu entnehmen, daß in dem bezeichneten Falle das Wechselverfahren in dem Stadium der Vollstreckung nicht weiter Platz greife. Allein da das preussische Recht keine besondere Handels- oder Wechselgerichtsbareit kennt, so kann hieraus für die Frage der Gerichtsbareit nichts entnommen werden. Jedoch ergibt sich zufolge der bereits entwickelten Gründe aus den Bestimmungen der Art. 62—64 und 67 des Einf.: Ges. zum Handelsgesetzbuche, daß den neu gebildeten Handelsgerichten in den ehemals preussischen Gebietstheilen zur Behandlung der erbchaftlichen Liquidation keine Gerichtsbareit zustehe.

Nach der französischen Civilprozeßordnung Art. 426 müssen in Klagsachen gegen Erben von solchen Personen, welche der Handelsgerichtsbareit unterworfen sind, Streitigkeiten über Erbverhältnisse an das ordentliche Gericht zur Entscheidung verwiesen werden. —

Auf diese Betrachtungen mag noch ein Blick auf die neuen Prozeßgesetz-Entwürfe gestattet sein, um zu sehen, wie sich dieselben zu dem hier erörterten Gegenstande verhalten.

Der bayerische Entwurf einer Prozeßordnung enthält keine Bestimmung bezüglich der erbchaftlichen Liquidation. Da aber in demselben die Entscheidung der im Vollstreckungsverfahren erhobenen Anstände und Streitpunkte ausschließlich an die Civilgerichte verwiesen wird (Art. 793) und der fragliche Einwand des Benefizialerben als Ex-

lutionsseinrede zu betrachten ist, so ergibt sich, daß das erbchaftliche Liquidationsverfahren vor die Civilgerichte gehört.

Die Modificationen zum Entwurfe bestimmen in einer Verallgemeinerung der Vorschrift der französischen Civilprozeßordnung Art. 426 für das Verfahren vor den Handelsgerichten Art. 507 n: „Wenn die Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites von der vorläufigen Entscheidung eines Streitpunktes abhängt, der nicht zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes gehört, so setzt das Handelsgericht, vorbehaltlich der Erlassung vorförmlicher Verfügungen, die Verhandlung der vor es gebrachten Sache bis zur Entscheidung des Präjudizialpunktes aus.“

Diese Bestimmung trifft auch die erbchaftliche Liquidation. Im Ganzen geht sie jedoch viel zu weit.

In dem Entwurfe des Einföhrungsgesetzes zur Prozeßordnung wird in den Art. 59—65 „vom erbchaftlichen Liquidationsprozeße“ gehandelt, jedoch mit Beschränkung auf diejenigen Landestheile, in welchen das allgemeine preußische Landrecht Geltung hat. Hier wird die Gerichtsbarkeit für das erbchaftliche Liquidationsverfahren dem Stadt- oder Landgerichte des Ortes, wo sich die Erbschaft eröffnet hat, eingeräumt, Art. 62. Streitigkeiten, welche hierbei über angemeldete Forderungen oder über Vorzugsrechte entstehen, sind vor den gewöhnlichen Gerichten auszutragen; diesen steht auch die Entscheidung über die Verwirkung des bei der Ladung der Gläubiger gesetzten Nachtheiles zu, Art. 63.

Hiernach könnte es vorkommen, daß über die Klassifikation verschiedener Ansprüche bezüglich ihres Ranges von verschiedenen Gerichten je nach

der rechtlichen Beschaffenheit des Anspruches, also von Bezirks-, Einzel- und Handels-Gerichten unterschieden werden müßte. Wie bereits oben bemerkt worden, erfordert die Klassifikation konkurrierender Ansprüche bezüglich derselben Masse nothwendig eine einheitliche Entscheidung von einem und demselben Gerichte. Die Spaltung des Prioritätsurtheiles ist unpraktisch und in vielen Fällen geradezu undurchführbar. Denn bei der Beurtheilung des Ranges einer Forderung muß das Verhältniß zu den übrigen konkurrierenden Ansprüchen, folglich auch der Rang der letzteren, beurtheilt werden. Das Handelsgericht hätte daher nicht bloß über den Rang des handelsgerichtlichen, sondern auch über den Rang eines konkurrierenden civilgerichtlichen Anspruches, das Civilgericht in dem umgekehrten Verhältnisse zu urtheilen. Zielen nun die Urtheile der verschiedenen Gerichte über das Rangverhältniß verschieden aus, so wäre eine Undurchführbarkeit derselben gegeben, welche auch durch den obersten Gerichtshof nicht gehoben werden könnte, sofern nicht in Bezug auf jedes der verschiedenen Urtheile die Voraussetzung einer Nichtigkeitsbeschwerde zuträfe, oder sofern dieselbe nicht gegen sämtliche sich widersprechende Urtheile von den Betheiligten erhoben würde. Vgl. Art. 734 mit Art. 735 und 738.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zur Lehre vom Erbverzicht nach bayerischem Landrechte.

Vgl. Bd. XXVIII S. 329.

Im Jahre 1846 verstarb J. R. mit Hinterlassung einer Wittve, zweier Söhne und dreier Töchter, welche die Verlassenschaft vorerst nicht

theilten, sondern das dazu gehörige Anwesen gemeinschaftlich bewirthschafteten. Im Jahre 1854 übergab in einem gerichtlich protokolirten Vertrage die Wittve unter Zustimmung aller übrigen Kinder das Anwesen an einen der Söhne. Dabei wurde für die Wittve nur ein Austrag und Zehrpennig bedungen, für die Geschwister des Gutsübernehmers aber, wie für diesen selbst, die Elterngüter bestimmt und theils durch Anrechnung von bereits Empfangenem, theils durch die Bestimmung dessen, was der Gutsübernehmer noch an seine Geschwister zu entrichten habe, ausgewiesen. Bei dieser Feststellung des Betrages der Elterngüter steht im Uebergabvertrage der Beisatz, daß die Geschwister auf weitere Ansprüche verzichten.

Nach dem im Jahre 1860 erfolgten Tode der Wittve wurde der noch bestehende Zehrpennigrest unter die Geschwister vertheilt und vom Gutsübernehmer ausgezahlt. Die Geschwister desselben forschten nun aber den Uebergabvertrag selbst, unter Anderem auch aus dem Grunde an, weil sie ihre Erbverzichte ohne die erforderliche vorgängige Certification geleistet hätten.

Ueber diesen Anfechtungsgrund sagen die obersterichterlichen Entscheidungsgründe:

„Die Einwendung der klagenden Geschwister, daß der im obigen Vertrage enthaltene Erbverzicht nicht in gehöriger Form eingegangen sei, entbehrt der rechtlichen Haltbarkeit.

Die fragliche Erbtheilung kann als ein Erbschaftsverzicht nicht aufgefaßt werden, sondern ist ein pactum successorium acquisitivum, da in demselben jedem Geschwister der treffende Erbtheil wirklich ausgewiesen worden ist, gleichviel ob als bereits erhaltene Collationspost oder als noch zu empfangendes Erbe. Der eingeflochtene Beisatz, daß auf weitere Ansprüche verzichtet werde, erscheint

blos als eine Konsequenz von der berechneten und ein für allemal ausgemittelten Erbquote. Es lassen sich daher auch die für Erbverzichte vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere die nach RR. Th. III Kap. XI §. 2 angeordnete Certioration nicht hieher beziehen.¹⁾

DAÖGrf. v. 12. Dez. 1865 Nr. 133^{66/67}.

2.

Die durch eine unzulässige Revision erwachsenen Kosten trägt der Revident auch dann, wenn er nach Entstehung derselben auf das Rechtsmittel verzichtet.

Die Kläger hatten Revision ergriffen; darauf aber wieder verzichtet, nachdem sie durch das Resultat der oberstrichterlich angeordneten Schätzung des Streitobjectes belehrt waren, daß es an der erforderlichen Revisionssumme fehle. Beide Parteien riefen nun einen oberstrichterlichen Ausspruch darüber, wer die durch diese Revision erwachsenen Kosten zu tragen habe, ausdrücklich hervor.

Die aus Anlaß dieser Revision entstandenen Gesamtkosten wurden den revidirenden Klägern überbürdet, da ihnen der Mangel der erforderlichen Revisionssumme kaum hätte zweifelhaft sein können und da sie, durch die oberstrichterliche Anordnung einer Schätzung darauf aufmerksam gemacht, dennoch die Sache hierauf antommen ließen, wobei sich der Mangel der erforderlichen Beschwerdesumme zur Evidenz herausstellte, ihnen daher nach Analogie

¹⁾ In welchem Verhältnisse diese Entscheidung zu den Grundsätzen steht, welche in dem in Bd. XXVIII S. 329 mitgetheilten Erkenntniß aufgestellt wurden, hoffen wir bei einer anderen Gelegenheit erörtern zu können.

der Art. 19 und 27 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 die Tragung der Kosten, die für die Schätzung erlaufen sind, sowie der Ersatz aller dem Gegentheile durch ihre unzulässige Revision verursachten Kosten zur Last falle.

DAßGrt. v. 10. Apr. 1866 Nr. 1098^{64/65}.
77.

3.

Umfang der Haftung solcher Ehefrauen, welche mit den Ehemännern zu offenem Kram und Laden sitzen, für die Gewerbschulden.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Wenn einige Statutarrechte, wie auch das bayerische Landrecht (Th. I Kap. VI §. 33 Ziff. 1), bestimmen, daß die Ehefrauen der Kaufleute, Gewerbsleute oder Wirths, welche in offenem Laden verkaufen oder Wirthschaft ausüben, wenn sie, die Frauen, an diesem Handel oder an dieser Gewerbsausübung sich betheiligen, für die von ihren Ehemännern zum Gewerbsbetriebe kontrahirten Schulden solidarisch haften, so erstreckt sich diese Haftung doch nur auf jene Gewerbschulden, welche während der Ehe kontrahirt wurden, nicht aber auf später entstandene, — am wenigsten auf Schulden, welche nach dem Tode der Ehefrau vom überlebenden Manne gemacht wurden. Denn es ist dann die gesetzliche Vorbedingung der solidarischen Haftung, die offene Theilnahme am Gewerbsbetriebe, hinweggefallen und eine fortdauernde Wirkung derselben über den Tod hinaus, welche auch die Erben der Ehefrau bezüglich dessen, was sie aus deren Nachlasse erhalten haben, in den Obligationennegus für spätere Schulden hineinzöge, ist juristisch undenkbar.

DAßGrt. v. 24. März 1866 Nr. 448^{65/66}.
77.

4.

Durchfahrtsrecht. Thorschluß.

In einer Stadt steht einem Müller ein Durchfahrtsrecht durch das Haus seines Nachbarn, eines Meggers, zu. An des Meggers Haus befinden sich zwei Thore, deren eines die Verbindungsthüre zwischen dem herrschenden und dem dienenden Anwesen bildet.

Es entstand Streit darüber, ob der Durchfahrtsberechtigte verbunden sei, nach geübter Durchfahrt die Thore wieder zu schließen, oder ob er sie offen lassen könne und der Eigenthümer des dienenden Anwesens für deren Wiederverschluß zu sorgen habe.

Der oberste Gerichtshof entschied sich in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz (die zweite war anderer Meinung) für die erste Alternative, weil Servituten nur civiliter ausgeübt werden dürfen, also dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht zugemuthet werden dürfe, der Servitut wegen seine Thore immer offen zu halten, vielmehr dem Fahrtberechtigten obliege, die Thore, die zum Schließen bestimmt seien, dieser ihrer Bestimmung gemäß zu behandeln, — und weil die Servitut den Eigenthümer des dienenden Grundes zu keiner positiven Thätigkeit verpflichte, daher demselben nicht zugemuthet werden könne, nach jedesmaliger Durchfahrt den Thorschluß zu besorgen.

DA&Erf. v. 26. März 1866 Nr. 386⁶⁵/₆₆.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXIX.

Der Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet, das von ihm in einem dazu gepachteten Walde gewonnene Pech um einen bedungenen Preis zu liefern, ist auf Seite des Lieferanten kein Handelsgeschäft.

Der Händler Michael Bl. von D. hatte sich vertragsmäßig verpflichtet, alles im Laufe des Jahres 1862 aus der von ihm gepachteten Waldung gewonnene oder allenfalls auch sonst erworbene Pech um den Preis von 10 fl. per Zentner dem Glashändler Joh. B. von H. zu liefern. Da Michael Bl. im gedachten Jahre angeblich mehr als 80 Zentner Pech erzielt haben soll, dem Joh. B. aber nur 36 Zentner geliefert hatte, erhob letzterer eine Entschädigungsklage, die er zuerst bei dem k. Bezirksgerichte Deggendorf, — und nachdem dieses wegen des der Forderung zum Grunde liegenden Handelsgeschäftes seine Kompetenz abgelehnt, — in der Folge bei dem k. Handelsgerichte Passau anbrachte.

Da auch letzteres wegen seiner Inkompetenz die Abweisung der Klage beschloß, regte der Kläger den Kompetenzkonflikt an, der vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß das k. Bezirksgericht Deggendorf zuständig sei.“

In den Gründen dazu heißt es:

Den Klagebehauptungen zufolge hatte der Beklagte vertragsmäßig all' das Pech, das er im Jahre 1862 aus den von ihm gepachteten Waldungen gewonnen oder sonst woher erworben, dem Kläger im genannten Jahre zu liefern, und machte dieser, da die Ablieferung großentheils nicht erfolgte, gegen ersteren eine Gewinnentgangs- beziehungsweise Entschädigungsforderung geltend.

Nach den in dieser Sache schon längere Zeit vor dem ordentlichen Civilgerichte gepflogenen Verhandlungen hat der Beklagte den größten Theil des gewonnenen Peches aus den von ihm gepachteten Waldungen erzielt, und kann demnach ein geringfügiger Betrag, welchen dieser etwa auch noch anderswoher erworben, dabei nicht weiter in Betracht kommen, um so minder, als die eingereichten Klagen für letztere Erwerbungsart gar kein thatsächliches Material liefern.

Was aber das in Folge der Pacht von Waldungen gewonnene Pech betrifft, so kann es sich nur darum fragen, ob das Verfahren des Beklagten vorliegenden Falles ihn in die Reihe der Produzenten setzt, oder ihn bloß als einen Waarenvermittler erkennen läßt.

In dieser Hinsicht ist indeß vor Allem ins Auge zu fassen, daß der Begriff der Production keineswegs bloß mit der Hervorbringung der Bodenerzeugnisse an sich abschließt, sondern daß vielmehr — gegenüber der industriellen und kommerziellen Produktivität — hierbei auch der Gewinnung der von der Natur erzeugten Stoffe oder Güter eine besondere Berücksichtigung zuzuwenden ist, so daß es bei dieser Vergleichung ganz gleichgiltig erscheint, ob die Gewinnung dieser Stoffe nach einem bestimmten Verfahren sofort erzielt wird, wie bei allen Bergwerksunternehmungen, — oder ob auch schon

vorgängig auf die Stoffherzeugung selbst hingewirkt worden ist.

Von dem ersteren Standpunkte aus steht aber zuverlässig der Pächter von Waldungen zum Zwecke der Pechgewinnung mit dem Eigenthümer derselben auf ganz gleicher Linie.

Nach forstwirthschaftlichen Bestimmungen erscheint überhaupt die Gewinnung des Harzes für das zu bereitende Pech nur unter der Voraussetzung gestattet, daß den Bäumen selbst hiedurch keinerlei Beschädigung zugeht.

Von einem besonderen Verfahren bleibt es daher immer abhängig, ohne eine solche Beschädigung die Gewinnung dieses Naturstoffes auf vortheilhafte Weise herbeizuführen, und stellt sich demnach, von dieser Seite aufgefaßt, wie der Eigenthümer des Waldes überhaupt, so der Pächter desselben rücksichtlich der Pechgewinnung insbesondere als Produzent dar gegenüber dem Käufer oder sonstigen Erwerber eines bereits von den Bäumen abgelösten und damit zu einem beweglichen Gegenstande gewordenen Harzes.

Bei Produkten von Grund und Boden, deren Gewinnung erst nach einer besonderen Verfahrensweise erzielt wird, und die nur so dem allgemeinen Verkehre zugänglich werden, erscheint demzufolge lediglich dieses Verfahren als maßgebend und nicht die Frage, unter welchem Titel der Erwerber derselben vorher das Recht der Einwirkung auf sie erlangt hat, da sonst selbst der Eigenthümer von liegenden Gütern als Käufererwerber derselben im weiteren Sinne zugleich auch als ein Käufer der hieraus erzielten Früchte angesehen werden könnte, wodurch eine sichere Ausscheidung des Produzenten von dem bloßen Waarenkäufer, die doch nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetz-

buches jedenfalls erfolgen muß, völlig unmöglich würde.

Dagegen führt das vorbezeichnete Merkmal der Produzierung zugleich auch noch in anderer Weise auf den Scheideweg zwischen dieser und der bloßen Kaufserwerbung oder sonstigen Anschaffung der Sachen.

Würde nämlich Jemand behufs der Weiterveräußerung erst die gereiften Früchte von Getreidefeldern bei deren Eimerntung, Baum- oder sonstige Früchte bei der Abnahme derselben kaufen oder anderweitig sich verschaffen, so könnte ein Erwerber dieser Art lediglich als ein Vermittler zwischen dem Produzenten und seinem weiteren Abnehmer nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches erachtet werden, weil seine Thätigkeit hierbei sich bloß auf deren Hintwegnahme und allenfalls weitere Transportirung beschränkt.

Demgemäß liegt daher hier, nachdem der Beklagte, der auch kein Kaufmann ist, die von der Natur erzeugten Stoffe seines Verkaufsmaterials aus den von ihm gepachteten Waldungen durch ein besonderes Verfahren erst gewinnen mußte, keine Handelsache vor; es mußte vielmehr im Hinblick auf Art. 64 Abs. 1 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die Zuständigkeit des ordentlichen Civilgerichtes in dieser Sache als gegeben anerkannt werden.

Erst. d. OGG. v. 4. März 1865 UB. Nr. 30.

— f —

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Beitrag zur Lehre von der prozessualen Behandlung des Zusammenschlusses zwischen einer in der Berufungsinstanz hängigen und einer neu aufkommenden Strafsache. — Eheverlöbniß nach Ansbacher Provinzialrecht. Einwilligung der verwitweten Ritter zu dem Eheverlöbniß ihres volljährigen Sohnes. — Acquisitiv-Versäherung der Servituten nach Rürnberger Statutarrechte. — Das Recht, Holz aus einem Walde an die niedere Forstjare zu beziehen, ist ein Forstrecht im Sinne des bayerischen Landrechtes Th. II Kap. VIII S. 15. — Die Klage auf Beittelung des Kaufpreises für die einem Maler und Ausstreicher zu seinem Gewerbsbetriebe gelieferten Farbwaaren gehört zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes.

Beitrag zur Lehre von der prozessualen Behandlung des Zusammenschlusses zwischen einer in der Berufungsinstanz hängigen und einer neu aufkommenden Strafsache.

Der in der Ueberschrift bezeichneten Lehre ist in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des K. M. Bayern Bd. XII S. 406 ff. der Abthl. f. Strafr. eine ausführliche Besprechung gewidmet. Die in dieser Erörterung aufgestellten Grundsätze und gezogenen Resultate sind erheblichen Bedenken unterworfen.

Insbesondere sind die Vorschläge bedenklich, welche in den §§. 5 und 7 jener Abhandlung für den Fall gemacht sind, wenn eine Vergehenssache durch Berufung an die zweite Instanz devolvirt wird, vor der Aburtheilung der Sache in dieser aber ein Reat desselben Beschuldigten aufkömmt, welcher entweder an sich oder im Zusammenhalte mit dem in erster Instanz bereits abgeurtheilten Vergehen als Verbrechen zu qualifiziren ist. Für diesen Fall ist primär vorgeschlagen, daß die öffentliche Verhandlung der Berufung unterbleibe und der Anklagesenat des Appellationsgerichtes das Verbrechen nebst dem in erster

Instanz bereits abgeurtheilten Vergehen vor das Schwurgericht verweise. Eventuell aber wird vorgeschlagen, die öffentliche Verhandlung der Berufung wenigstens so lange auszusetzen, bis die Verurtheilung des Verbrechens vor das Schwurgericht vom Auflagensenate erfolgte, dann aber die Berufung in öffentlicher Sitzung des Appellationsgerichtes durch ein Urtheil nach Art. 335 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 zu erledigen, also das Urtheil des Bezirksgerichtes zu vernichten und die Sache, welche den Gegenstand der Berufung bildet, auch an das Schwurgericht zu verweisen.

Der oberste Gerichtshof hat 1) das primär vorgeschlagene Verfahren als rechtlich unzulässig bezeichnet, dagegen den eventuell vorgeschlagenen Weg der Erledigung der Sache als ehrenvollkommen richtigen empfohlen. Uns bleiben an der geseglichten Zulässigkeit auch dieses Weges noch bedeutende Zweifel übrig, denen wir den kürzesten und einfachsten Ausdruck durch die Darstellung eines jüngst bei einem Appellationsgerichte entschiedenen Falles geben. 2) Dieser ist zwar mit dem vom obersten Gerichtshof entschiedenen Falle nicht vollkommen, aber doch so weit gleichförmig, daß sich aus der Motivirung seiner Entscheidung die Bedenken gegen die Zulässigkeit des vom obersten Gerichtshof empfohlenen Verfahrens von selbst ergeben.

1) S. Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspflege a. a. O. S. 591 ff.

2) Wir wollen damit nicht darauf verzichten, die Aufstellungen der Eingangs angeführten Erörterung noch weiter zu beschreiben, besonders, da wir dabei auch die Pflicht zu üben haben, einen verstorbenen Mitarbeiter an diesen Blättern gegen den Vorwurf der Phrasendrescherei zu vertheidigen, den wir in dem ac as D. S. 407. vor und in Note 1. Gesagten finden.

Am 7. August 1865 verübte Georg S. einen Diebstahl, welcher wegen Rückfalles Vergehen war, und deswegen ihn das Bezirksgericht D. durch Urtheil vom 23. Mai 1866 zu Gefängnißstrafe verurtheilte. Gegen dieses Urtheil meldete nur der Beschuldigte (rechtmäßig) Berufung an und bezogerte dabei als Beschwerde, daß er nicht freigesprochen wurde. Die Akten wurden dem Appellationsgerichte vorgelegt und am 16. Juni 1866 von dessen Staatsanwalt der Antrag auf Anberaumung einer öffentlichen Sitzung zur Verhandlung der Berufung und Ladung des Appellanten zu derselben gestellt. Es wurde die Sache auf den 24. Juli fixirt und am 21. Juni Vorladungsbefehl entworfen.

Insolchen hatte am 16. Juni 1866 Georg S. einen weiteren Diebstahl, und zwar einen solchen im Verbrechengrade, begangen und war deswegen in Untersuchung und Haft gerathen. Dieß zeigte der Staatsanwalt am Bezirksgerichte D. der Oberstaatsanwaltschaft mit der Bitte um Rückgabe der in der Berufungsinstanz vorliegenden Akten an, und die Oberstaatsanwaltschaft beantragte am 25. Juni, den Sitzungstag für die Berufungssache zu verlegen, bis von der Anklagekammer des Appellationsgerichtes über den neu angekommenen Diebstahl Erkenntniß erlassen sei, damit dann in öffentlicher Sitzung bezüglich des früheren Diebstahles dasjenige Verfahren eingeschritten werden könne, welches vom obersten Gerichtshofe in dem Urtheile vom 10. Dezember 1865 (Zeitschrift a. a. O. S. 391 ff.) vorgezeichnet sei. Der Präsident des Appellationsgerichtes verfügte hierauf am 7. Juli, daß, nachdem der Antrag vom 16. Juni auf Anberaumung einer öffentlichen Sitzung durch den neuerlichen Antrag vom 25. Juni als zurückgenommen erscheine, die Ausfertigung des Vorladungsbefehles zu unterbleiben habe und die Akten der Oberstaatsanwaltschaft vorzuliegen seien, welcher

überlassen bleibe, die weiteren entsprechenden Maßnahmen zu treffen ²⁾).

Am 21. Juli wurde von der Anklagekammer des Appellationsgerichtes über die vom Bezirksgerichte an sie verwiesene Voruntersuchung wegen des von Georg S. am 16. Juni 1866 verübten Diebstahlsverbrechens auf Anklage und Verweisung vor das Schwurgericht des Kreises erkannt, nun aber von der Oberstaatsanwaltschaft neuerliche Anberaumung einer öffentlichen Sitzung zur Verhandlung der Berufung beantragt und diesem Antrage Statt gegeben.

In dieser am 31. Juli abgehaltenen Sitzung überließ der Beschuldigte die Begründung der Berufung seinem Verteidiger, welcher erklärte, die vom Beschuldigten bei der Anmeldung der Berufung auf Freisprechung gerichtete Beschwerde nicht begründen zu können, und Herabsetzung der Strafe auf einen Monat Gefängniß beantragte.

Die Staatsanwaltschaft beantragte, das Urtheil des Bezirksgerichtes wegen Inkompetenz zu vernichten, und diesen Act gleichfalls zur Aburtheilung vor das Schwurgericht zu verweisen, da S. durch Erkenntniß des Appellationsgerichtes vom

21. Juli wegen Verbrechens des Diebstahls zum Schwurgerichte verwießen sei, eventuell die Berufung zu verwerfen.

Der Gerichtshof erkannte nach dem eventuellen staatsanwaltlichen Antrage, und motivirte das Nichteingehen auf den primären, wie nachsteht:

„Eine Vernichtung des erstrichterlichen Erkennt-

²⁾ Dies war nach unserem Ermessen die einzige mögliche korrekte Erledigung des Antrages vom 25. Juni. Jede andere hätte dem Ausspruche des über die Berufung aburtheilenden Senates, so wie der Entschliessung der Anklagekammer entweder wirklich oder doch scheinbar vorgegriffen.

nisses und Verweisung dieses Reates vor das Schwurgericht konnte nicht erfolgen, weil die zweite Instanz das erstinstanzliche Urtheil nur in den in Art. 335 und 336 des St.P.G. vom 10. Nov. 1848 bezeichneten Fällen vernichten darf, keiner dieser Fälle aber im concreto gegeben ist.

Der Art. 335 a. a. O. setzt voraus, daß die gegen das kreis- und stadtgerichtliche, nun bezirksgerichtliche Urtheil erhobene Beschwerde darauf gerichtet sei, daß die That, welche den Gegenstand der Verhandlung gebildet hat, vor das Schwurgericht gehöre. Diese Bestimmung hat eine doppelte Bedeutung.

Bei der ersten ist davon auszugehen, daß von allem Gerichten des Königreiches die gleiche, unparteiische und aufgeklärte Rechtsprechung zu erwarten ist, daher selbst im Falle der Unzuständigkeit des aburthellenden Gerichtes aus dem Grunde dieser Unzuständigkeit nur dann eine Vernichtung erfolgen soll, wenn ein Bethelliger, — sei es der Beschuldigte, sei es die Staatsbehörde, — sie ausdrücklich verlangt. Diese Bedeutung der Vorschrift geht aus dem Zusammenhange derselben mit der entsprechenden Stelle des Art. 336 klar hervor *).

*) Dies ist auch der Grund dafür, daß die Inkompetenz des Schwurgerichtshofes weder im Art. 230 a. a. O. als Nichtigkeitstgrund noch in Art. 231 als Verlegung einer wesentlichen Förmlichkeit bezeichnet ist. Einer Aburtheilung durch ein inkompetentes Schwurgericht kann durch eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß auf Anklage (Art. 66 Ziff. 5 u. 6) vorgebeugt werden. Gesah dieß nicht, so wird die Unzuständigkeit nicht weiter beachtet. — Ähnlich ist es bei korrekturellen Fällen, wo die Unzuständigkeit des Bezirksamtes durch spezielle Verfassungsbeschwerde nach Art. 335, 336 geltend gemacht werden muß, außerdem aber nach Art. 361 und der darin ent-

Sodann ist aber auch zu erwägen, daß eine dreimalige Verhandlung wegen einer und derselben, vielleicht mit einer geringeren Strafe zu beahndenden That, so viele Nachtheile und Belästigungen für den Beschuldigten im Gefolge hat, daß eine Vernichtung des erstrichterten Urtheiles nach Art. 335 ohne beschaffigen Antrag des Beschuldigten als eine Abänderung des Urtheiles zum Nachtheile des Beschuldigten erscheinen müßte. Diese Bedenken der ersten Voraussetzung des Art. 335 ist in den Motiven zum Gesetzentwurfe (Ber. des Gg. Aussch. der L. d. Abg. I. J. 1848 Zeit. Bd. II S. 75 unten und S. 76) ganz ausdrücklich hervorgehoben.

Nun ist aber schon diese erste Voraussetzung des Art. 335, das Vorliegen einer auf Vernichtung abzielenden Beschwerde, im vorliegenden Falle nicht gegeben. Denn der Staatsanwalt am I. Bezirksgerichte hat gegen das Urtheil gar keine Beschwerde erhoben, und der Beschuldigte hat weder bei der Anmeldung seiner dagegen erhobenen Berufung, noch bei deren Ausführung, eine Beschwerde in der Richtung, daß die That vor das Schwurgericht gehen, erhoben.

bestehenden Verweisung auf Art. 231 nicht mehr geltend gemacht werden kann. Denn die Verweisung auch auf Art. 335 und 336 hat nach dem vorstehend nachgewiesenen Systeme des Gesetzes und nach den Worten: „nur dann zulässig, wenn in zweiter Instanz u.“ in Abs. 1 des Art. 361 nur die Bedeutung, daß vernichtet wird, wenn im Ausspruch des Appellationsgerichtes die Zuständigkeit des Schwurgerichtes mißachtet wurde, oder wenn ein Appellationsgericht urtheilte, welches zur Verhandlung und Entscheidung der Berufung inkompetent war; wobei überdies in beiden Fällen spezielle Beschwerden erhoben sein muß.

Der Art. 335 setzt ferner voraus, daß die Beschwerde gegen das Urtheil der ersten Instanz begründet ist, was doch nichts Anderes heißen kann, als daß die That, worüber das Bezirksgericht abgeurtheilt hat, vor das Schwurgericht gehörte.

Auch diese Voraussetzung besteht im vorliegenden Falle nicht. Die That, über welche das Bezirksgericht aburtheilte, bilbet ein Vergehen und ist nicht durch die Presse begangen; auch ein Zusammenhang mit einer vor das Schwurgericht gehörigen That bestand nicht. Denn die That des Georg S., welche vor das Schwurgericht gehört, war bei Aburtheilung der den Gegenstand der bezirksgerichtlichen Verhandlung bildenden That (am 23. Mai 1866) noch gar nicht begangen; ihre Begehung ereignete sich erst am 12. Juni 1866.

Das Bezirksgericht, nicht das Schwurgericht, war es daher, vor welches die den Gegenstand der Verhandlung des ersteren bildende That gehörte; eine auf Vernichtung gerichtete Beschwerde wäre also, wenn eine solche überhaupt vorläge, nicht begründet.

Auch Art. 336 a. a. O. ist nicht anwendbar. Dieser hat zwei Alternativen, deren zweite nach der jetzt geltenden Strafgesetzgebung und Gerichtsverfassung nicht mehr vorkommen kann.

Die erste Alternative ist aber im vorliegenden Falle aus dem doppelten Grunde nicht gegeben, weil keine Beschwerde gegen die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes vorliegt, und weil sie auch nicht begründet wäre, vielmehr dieses Bezirksgericht nach der Eigenschaft der That sowohl als nach dem Orte ihrer Verübung das allein zuständige wirklich war.

Eine Vernichtung des bezirksgerichtlichen Urtheiles würde daher die Art. 335, 336, 338 a. a. O. verletzen, daher das Appellationsgericht nach Art.

337 ebenda auf die Beurtheilung der Hauptsache einzugehen hat.“ St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheins.

1.

Eheverlöbniß nach Ansbacher Provinzialrecht. Einwilligung der verwittweten Mutter zu dem Eheverlöbniße ihres volljährigen Sohnes.

Vergl. Bd. IV S. 24; OAGlen.-Beschl. v. 7. Mai 1840.

Im Artikel 7 der Ansbacher Eheartikel vom 21. Februar 1743 ist verordnet, daß Personen, die ihrer selbst mächtig sind, zum Verlobungsakte wenigstens zwei ehrliche Personen als ordentliche Zeugen beizuziehen haben, in deren Beisein Alles ehrlich und aufrichtig gehandelt werden soll. Diese Bestimmung kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn keine Eltern oder nächste Anverwandte mehr am Leben sind, da entgegengesetzten Falles, wie aus der Vergleichung des 7. mit dem 4. Eheartikel sich ergibt, das Recht der Mitwirkung zum Eheverlöbniße zunächst den Eltern zusteht, ohne deren Rath, Vorwissen und Einwilligung solche Verträge nicht eingegangen oder vollzogen werden dürfen. Der Grund dieser Vorschrift beruht darauf, daß heimliche, leichtfertige oder betrüglische Eheverlobungen verhütet werden, und die Vorsorge des Gesetzes geht so weit, daß nicht nur die in der freien Disposition beschränkten, sondern auch die dispositionsfähigen Personen und sogar die Wittwer und Wittwen an die Zustimmung ihrer Eltern oder Anverwandten, oder in Ermangelung solcher an die Beiziehung von Zeugen gebunden sind. Deshalb konnte auch der Beklagte, obwohl er beim Vertragsabschlusse bereits volljährig und der

väterlichen Gewalt entledigt war, ohne Zustimmung seiner noch lebenden Mutter ein gültiges Eheverlöbniß nicht eingehen.

An eine bestimmte Form und namentlich an die Beobachtung der im §. 82 und 83 Tit. II Lit. I des Preussischen Landrechtes vorgeschriebenen Formlichkeiten ist nach dem primär geltenden Ansbacher Rechte der Abschluß des Ehegelöbnisses nicht gebunden und es kann daher ein solcher Vertrag auch außergerichtlich sowohl mündlich als schriftlich mit Gültigkeit eingegangen werden. Ebensovienig ist die gleichzeitige Anwesenheit derjenigen Personen, welche beim Vertrage mit ihrer Zustimmung gehört werden müssen, irgendwo im Gesetze vorgeschrieben, und die Nothwendigkeit derselben kann auch nicht aus dem 7. Eheartikel gefolgert werden, weil die dort erwähnte Funktion der zum Vertrage beizuziehenden Zeugen von der durch die Eltern zu erklärenden Einwilligung sich wesentlich unterscheidet. Der Zeuge kann nur denjenigen Vorgang unterstützen und bekräftigen, welcher in seiner Anwesenheit verhandelt wird; während die Zustimmung der Eltern vom Standpunkte eines Mitbetheiligten erfolgt und wie bei anderen Verträgen auch in Form einer nachträglichen Genehmigung gültig geschehen kann. Die Mutter des Beklagten konnte daher, obwohl sie beim Abschlusse des Eheverlöbnisses persönlich nicht gegenwärtig war, die zur Gültigkeit desselben erforderliche Zustimmung auch nachträglich ertheilen und die Bestimmungen der Eheartikel standen ihr um so minder entgegen, als die auf Verhinderung von Winkelver sprechen abzielende Absicht des Gesetzes auch dann erreicht ist, wenn die dem freien Ermessen des Zustimmungsberechtigten anheimgestellte Einwilligung dem Vertrage erst nachträglich hinzugefügt wird.

Die Worte des 4. Eheartikels, daß Eheverlöbniße „ohne Rath und Vorwissen auch Einwilligung“

der Eltern nicht eingegangen werden sollen; können nicht in dem Sinne gedeutet werden, daß derjenige Kontrahent, welcher sich auf die Einwilligung beruft, noch besonders darguthun hätte, daß der Zustimmungende um den Gegenstand seiner Zustimmung gewußt und sich mit der seinem Schutze unterworfenen Person vorher berathen habe. Aus der Thatfache der Zustimmung zu einem bereits abgeschlossenen und noch dazu schriftlich abgefaßten Vertrage folgt von selbst, daß der Zustimmungende die erforderliche Kenntniß vom Inhalte des Vertrages sich verschafft habe, und es bleibt stets seiner eigenen Erwägung überlassen, in wie weit er zum Zwecke der Zustimmung eine der Wichtigkeit des Aktes angemessene Information und Berathung für notwendig erachten will. Die in erster Instanz an die Klagepartei ergangene Beweisanklage darüber, daß die Mutter des Beklagten zu dem am zwischen ihrem Sohne und der Klägerin abgeschlossenen Eheverlöbniße die Zustimmung erteilt habe, erschöpft daher den Klagegrund vollständig und es ist Sache des Beklagten, den Gegenbeweis zu führen, daß die Willenserklärung seiner Mutter auf diesen Vertrag nicht gerichtet gewesen sei.

Allerdings geht aus der Darstellung der Replik hervor, daß die Mutter des Beklagten den Genehmigungssatz nicht direkt mit den Worten vollzogen hat, daß sie dem Vertrage vom die Zustimmung erteile; es werden lediglich Thatfachen bezeichnet, aus denen diese Zustimmung erst gefolgert werden muß. Nachdem aber die Behauptung der Klägerin dahin geht, daß die Mutter nach Abschluß des Eheverlöbnißes, dessen schriftliche Abfassung ihr Sohn mit nach Hause bekommen hat, sich persönlich nach M. zur Einsichtnahme des Anwesens der Braut verfügte, daselbst das Eheverlöbniß ihres Sohnes besprach und auf die an sie gestellte Frage die Erklärung abgab,

daß ihr Alles recht sei und ihr Sohn 3000 fl. mit-
bekomme, — so ist aus diesen Thatfachen in ihrem
Zusammenhange, und da vorausgesetzt werden kann,
daß diese Abrede mit dem gegentheiligen Kontra-
henten, also entweder mit der Braut oder ihrem
Vater stattgefunden hat, die mütterliche Zustimmung
vorläufig mit genügender Bestimmtheit zu erkennen
und es liegt kein Grund vor, die Klägerin mit dem
Vorhaben einer künstlichen Beweisführung, bei welcher
ihre die nähere Darlegung der einzelnen Vorgänge
noch immer vorbehalten bleibt, schon im vorneheren
zurückzuweisen, sowie es auch dem Beklagten un-
genommen bleibt, solche Umstände darzuthun, welche
in Bezug auf den Sinn oder die Ernstlichkeit dieses
Willensaktes eine andere Deutung zulassen.

MDCCCLX v. 20. Apr. 1866 RMr. 444^{65/66}.

77.

2.

Acquisitiverjährung der Servituten nach Nürnberger Sta-
tutarrechte.

Darüber enthält ein oberstrichterliches Erkennt-
niß Folgendes:

Wenn auch der dreißigjährigen Präscription nur
in Lit. 26 Ges. 3 der Nürnberger Reformation v.
1564, welche Gesetzesstelle speziell von Lichten und
Trüpfen handelt, erwähnt wird, so geschieht dieses
doch nicht mit besonderer Beziehung auf die Lichten
und Trüpfen, sondern nur ganz allgemein und in
einer Art, daß von selbst als bekannt vorausgesetzt
wird, es trete die Verjährung der Servituten immer
erst nach Ablauf von 30 Jahren ein.

Es läßt sich auch kein haltbarer Grund denken,
warum gerade bei dem Licht- und Traufrechte eine
spezielle Bestimmung bezüglich der Verjährungszeit
soll getroffen worden sein. Die nämlichen Rücksich-

ten, welche den Gesetzgeber bestimmen konnten, die Beeinträchtigung des Nachbarn hinsichtlich der Richten und Trüpfen mit besonderer Sorgfalt zu verhüten, walteten auch, wenn nicht bei allen, doch bei vielen ähnlichen Servituten ob, wie namentlich bei der hier streitigen *servitus cloacae* oder bei der *servitus oneris ferendi* und dergl. Wo aber für einen ähnlichen Fall eine bestimmte Norm gegeben wurde, und der Grund, welcher die Festsetzung dieser Norm motivirte, ebensogut auf den unentschiedenen Fall paßt, da hat nach dem Grundsatz: „*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*“ die analoge Anwendung des Gesetzes einzutreten.

Hierfür sprechen auch mehrere über die Nürnberger Reformation erschienene Schriften und Erläuterungen der hieher bezüglichen Gesetzesstelle Lit. 26 Ges. 3.

Schon Voelfern in seinem 1737 erschienenen Commentare deutet in Thl. II S. 435 mit Bezugnahme auf Lit. 26 Ges. 3. darauf hin, daß die 30 jährige Präscription als eine Generalregel für alle Servituten gelte.

Noch entschiedener spricht Hieronymus Wurffbain in seiner Schrift: *tractatus de differentiis juris civilis et reformationis Noricae*, Norimbergae 1665, auf Seite 49 und 50 unter Nr. 7, wo er von der Verjährung der Servituten und Verbleßfalligen gemein- und statutarrechtlichen Bestimmungen handelt, die Ansicht aus, daß die Servituten nur in 30 Jahren verjähren, und zwar mit den Worten: „*ita (reformatio nostra) in eo rursus ab illo (jure communi) recedit, quod non longi temporis, sed 30 annorum praescriptione servitutes acquirantur*“, wobei er sohin, auf Lit. 26 Ges. 3. Bezug nehmend, von den Servituten im Allgemeinen redet und die 30 jährige Erstigung derselben als einen besonderen Unter-

schien des Nürnberger und des gemeinen Rechts hervorhebt.

Hiermit steht im vollen Einklange der bereits von den Vorinstanzen angeführte Rechtsgelehrte Leonhard Christoph Sahuer, welcher in seiner Einleitung in die Nürnberger Rechte §. 231 den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß die Dienstbarkeiten erlangt werden entweder durch Vertrag, oder durch einen letzten Willen, oder durch den Ausspruch des Richters, oder durch eine Verjährung von 30 Jahren.

Wenn sich derselbe zur Begründung seiner Ansicht lediglich auf Tit. 26 Ges. 3 §. 2 und 3 stützt, so ist dieses eben ein Beweis, daß er diese Gesetzesstelle ebenfalls für eine Generalregel, für eine auf alle Servituten anwendbare Bestimmung angesehen habe.

Uebrigens kommt noch zu erwähnen, daß die Nürnberger Reformation eine Ausscheidung der Dienstbarkeiten in servitutes continuas et discontinuas nicht trifft, und daß daher auch die vorstehenden Ausführungen gleichmäßig auf die servitus cloacae, welche als servitus continua, sowie auf die servitus viae, welche als servitus discontinua sich darstellt, Anwendung zu finden haben.

DOG. I. 17. Febr. 1866 RDr. 296 ^{65/66}.

G....t.

3.

Das Recht, Holz aus einem Walde um die niedere Forsttage zu beziehen, ist ein Forstrecht im Sinne des bayerischen Landrechtes Th. II Kap. VIII §. 15.

Vgl. Bd. XIII S. 286.

Der Einwand, die Abgabe des Holzes um die niedere Forsttage sei ein Kauf, zu dessen Eingehung der Waldeigenthümer nicht gezwungen werden könne,

wurde auch neuerlich, wie schon früher v. d. D., vom obersten Gerichtshofe verworfen, und sich deshalb für das bayerische Recht auch auf die Ann. zum B.R. Th. II Kap. VIII §. 15 Nr. 1 lit. c und Nr. 2 lit. f bezogen, — sowie ausgeführt, der Umstand, daß die Forsttage sich nicht gleichbleibt, sondern nach Gesalstatuten oder Verkommen in einem gewissen Verhältnisse zu den Kaufpreisen des Holzes steige oder falle, ändere nichts an der Natur des Rechtsverhältnisses.

OAG. Erf. v. 13. März 1866 Nr. 400^{ab} 66.

u.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXX.

Die Klage auf Beibehaltung des Kaufpreises für die einem Maler und Anstreicher zu seinem Gewerbsbetriebe gelieferten Farbwaren gehört zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes *).

Kaufmann B., welcher dem Maler B. zu G. städt mehrere Jahre lang Farbwaren zu seinem Geschäfte geliefert und dafür nur theilweise Bezahlung erhalten hatte, stellte gegen denselben auf Entrichtung eines Forderungsrestes von 265 fl. bei dem k. Handelsgerichte Nürnberg Klage, welche er, nachdem sie von diesem Gerichte als nicht dahin gehörig zurückgewiesen worden war, beim k. Bezirksgerichte Eichstädt erneuerte.

*) Vgl. hiezu Nr. CLXVIII oben S. 239 und Nr. CIE, Bd. XXX S. 105 b. St. f. 88.

Von diesem Gerichte wurde zwar die Klage zur Verhandlung ausgesetzt, jedoch nach durchgeführtem Schriftwechsel gleichfalls angebrachten Ortes abgewiesen unter der Annahme, daß die Sache zum Handelsgerichte gehöre.

Der hienach entstandene Kompetenzkonflikt wurde auf Anregung des Klägers vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden,

daß in der Sache das k. Bezirksgericht Eichstädt zuständig sei.

Zur Begründung dieses Ausspruches ist Folgendes angeführt:

Der Art. 271. Ziff. 1 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches bezeichnet als Handelsgeschäfte den Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, um dieselben weiter zu veräußern, und setzt demnach von dem, der solche anschafft, für ein Handelsgeschäft voraus, daß er die erworbenen Gegenstände selbst wieder in Natur oder auch nach ihrer Bearbeitung oder Verarbeitung in dieser ihrer sachlichen Eigenschaft weiter veräußere.

Maler B. hat zwar von dem Kaufmann Dr. Farben und andere Materialien sich angeschafft, jedoch nicht, um sie nach ihrer Verarbeitung als Waaren wieder weiter zu veräußern, sondern um sie für sein Handwerksgeschäft, bestehend in Verbindung seiner Dienste als Maler und Aufstreicher, zu verwenden, und sie bloß bei seiner Verwerdung im Arbeitsverdienste mit in Anschlag zu bringen.

Eben dadurch, daß diese Sachen bei dem Malergeschäfte ihre Selbständigkeit als Vertriebsgegenstände ganz und gar verlieren, unterscheidet sich dieses Handwerk wesentlich nicht nur von solchen, die den von ihnen gekauften oder sonst angeschafften Waaren lediglich eine besondere Form geben, sohin deren Fortbestehen als Waaren nicht beseitigen, wie

dieß bei Schuhmachern, oder Schreibern zutrifft, welche die von ihnen angeschafften Gegenstände nach ihrer Bearbeitung durch Verkauf oder ein anderes diesem ähnliches Rechtsgeschäft weiter veräußern, sondern auch von solchen, welche, wie die Brüder die von ihnen erworbenen Waaren durch deren Verarbeitung und Mischung sogar in eine ganz andere äußere Gestalt bringen, gleichwohl aber wieder dieselben als Waaren weiter verkaufen, so daß in allen Fällen dieser beiden Arten, im Gegensatz zu den auf bloße Werkverdingung gerichteten Geschäften, der Arbeitslohn nur einen Beislag zum Veräußerungspreise der betreffenden Sachen bildet. 1. 2

Kann aber demzufolge hier davon keine Rede sein, daß Beklagter die von ihm angeschafften Waaren als solche wieder weiter veräußerte, worauf der Eingangs erwähnte Artikel für den Bestand eines Handelsgeschäftes ausdrücklich hinweist, so erscheint auch in der That ein Handelsgeschäft an sich nicht gegeben, und, da jedenfalls der Beklagte ein Kaufmann nicht ist, im Hinblick auf Art. 64 Abs. 1 des Einf. Gesetzes zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche unter allen Umständen die Zuständigkeit des HandelsgERICHTES in dieser Sache ausgeschlossen, während für das k. Bezirksgericht Eichstädt keinwelches Grund vorlag, nach vollständig durchgeführtem Vorverfahren ohne alle sachliche Veranlassung seine Zuständigkeit hierin ebenso abzulehnen, wie dies schon vorher, jedoch noch vor Einleitung eines prozessualen Verfahrens, von Seite des k. HandelsgERICHTES Nürnberg erfolgt war.

Erst. d. OGG. v. 11. April 1865 UB. Nr. 32.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Drei Streitfragen aus der Lehre von der Verschollenheit nach Bamberger Landrecht. — Kann einer vor den ordentlichen Gerichten eingelagerten Forderung mit einer aus einem Handelsgeschäfte abgeleiteten Kompensationseinrede begegnet werden? — Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Das von einem Handelsgerichte um Vollstreckung der Immobiliarezession requirirte Stadt- oder Landgericht der gelegenen Sache hat auch den Verkaufserlös an die gerichtsbekannten Gläubiger prioritätsgemäß zu vertheilen, ohne daß der Werth des Verkaufsobjectes und die Größe der theilhaftigen Forderungen auf seine Zuständigkeit einen Einfluß äußern.

Drei Streitfragen aus der Lehre von der Verschollenheit nach Bamberger Landrecht.

1. Streitfrage: Ist die Zeit der Todeserklärung¹⁾ von der Zeit der ersten Ladung oder von dem Ablaufe der gesetzlichen Frist von 51 Jahren überhaupt abhängig?

Das Bamberger Landrecht erwähnt zwei Ladungen des Verschollenen und bestimmt in dieser Be-

¹⁾ Gemeinrechtlich besteht eine verwandte Kontroverse darüber, ob das richterliche Dekret oder der Ablauf der gesetzlichen Zeit entscheide. Für die letztere Meinung werden Savigny, Syst. Bd. II S. 18; Seuffert, Erört. Bd. I S. 53; Gluck, Pand. Bd. 33 S. 296 und die Mehrzahl der Rechtslehrer, — für die erstere v. Wangerow, Pand. Bd. I S. 33 und Gesterding, Nachforsch. Thl. I S. 338 angeführt (Matthia, Controversen-Lexikon Th. I Abth. 2 S. 150—151). — Vgl. v. Zink in diesen Blättern Bd. XIX S. 19, Bd. XXVI S. 23.

ziehung: nach 40 Jahren seit der Entfernung eines Großjährigen sei die erste Ladung zu erlassen²⁾; nach weiteren $10\frac{1}{2}$ Jahren sei dieselbe zu wiederholen³⁾; endlich nach Ablauf eines weiteren (letzten) halben Jahres, somit nach 51 Jahren, habe die definitive Vermögensauzhändigung (mit Todeserklärung) zu erfolgen⁴⁾. — Diese Bestimmungen werden an sich, wenn alle Fristen genau beobachtet wurden, keinerlei Zweifel erzeugen. Sehr häufig aber findet sich nach Ablauf der ersten 40 Jahre die rechtzeitige erste Ladung versäumt⁵⁾. Wird jetzt noch, nach allenfalls 51 Jahren, die erste Ladung nachgeholt und alsdann wiederholt ein Zeitraum von $10\frac{1}{2}$, somit im Ganzen von $61\frac{1}{2}$ Jahren abgewartet, so wird die eine Bestimmung des Landrechtes verletzt, daß schon nach Ablauf der gesetzlichen Zeit von 51 Jahren die definitive Vermögensauzhändigung zu erfolgen habe; und umgekehrt, wird hier sofort nach 51 Jahren das Vermögen definitive ausgehändigt, so scheint wenigstens die andere Vorschrift nicht beachtet, daß eine Ladung zu wiederholen sei. —

²⁾ Bamb. Landr. S. 108 §. III.

³⁾ Bamb. Landr. S. 109 u. 110 §. VI.

⁴⁾ Bamb. Landr. S. 110 §. VI.

⁵⁾ Als im Jahre 1863 die neueste Gerichtsverfassung den früher gemischten Behörden viele Absententuraten, welche die Ueberbürdung der Gerichte seit Decennien unberührt gelassen hatte, abnahm und den reinen Justizbehörden zuwies, fand sich die erstmalige Ladung fast immer versäumt. — Aber auch jetzt noch wird dies sehr häufig der Fall sein, weil zur Zeit noch nicht für ausreichende Reproduktionsverzeichnisse gesorgt ist, mittels welcher es möglich wird, die betreffenden Kuratelakten nach Ablauf einer so geraumen Zeit, wie 40 Jahre, auf einen bestimmten Tag wieder vorzulegen.

Dies führte im Bamberger Landrechte, wie leicht erklärbar, zu der Eingangs erwähnten Kontroverse: ob die letzte Ladung und definitive Vermögensauzhändigung bedingt sei durch den Ablauf der 10 $\frac{1}{2}$ Jahre, von dem Erlasse der ersten Ladung an, wie diese der Richter eben erlassen hat; oder ob jene zweite Ladung behufs definitiver Vermögensauzhändigung sofort und schlechthin alsdann zu erfolgen habe, wenn die gesetzliche Frist von 50 $\frac{1}{2}$ Jahren abgelaufen ist, nach welcher dieselbe in der Voraussetzung vollkommen rechtzeitiger Erlassung der ersten Ladung zu bewirken wäre.

Selbst da, wo nur wenige Tage oder Monate zwischen der rechtzeitigen oder nicht rechtzeitigen Ladung in Mitte liegen, ist nichtsdestoweniger die Art der Lösung praktisch nicht selten von empfindlichen Folgen, woraus sich die Wichtigkeit unserer Streitfrage ergibt. Die Erfahrung lehrt nämlich, daß die Erben der Absenten, — zumeist deren, nach Ablauf der Verschollenheitszeit bereits selbst hochbetagte Geschwister oder Geschwisterkinder, — die gesetzliche Frist von 40 $\frac{1}{2}$ oder 51 Jahren seit der letzten Nachricht oder Entfernung eines Verschollenen meistens selbst nur kurze Zeit überleben. Wird denselben nun ohne Rücksicht auf die rechtzeitige oder versäumte Ladung die Erbschaft sofort nach den gesetzlichen Jahren deferirt, so wird das Erbrecht durch sie häufig noch — entweder (nach Bamb. R.) auf die Ehegatten der erbenden Geschwister des Absenten oder, wenn Geschwisterkinder die Erben sind, auf die Kinder der bezüglichen Geschwisterkinder, — kurz auf Personen transmittirt, welchen an sich keinerlei Erbrecht an dem Nachlaß des Absenten zusteht. — Wird dagegen umgekehrt die Todeserklärung von dem Erlasse der richterlichen Ladung abhängig erklärt, und diese letztere auch nur um einen Tag verzögert, so kann, falls die be-

treffenden Geschwister und Geschwisterkinder inzwischen verstarben, die geringste Zögerung des Richters nicht nur ganze Linien, auf welche die Erbschaft bei rechtzeitiger Ladung transmittirt worden wäre, ihrer wohlbegründeten Erbrechte berauben, sondern es würde sich auch, falls die Versäumung eine schuldhaftige war, weiter fragen, ob hieraus nicht allenfallsige Regressansprüche gegen den versäumenden Richterbeamten entstehen können.

Diese hienach in mehrfacher Hinsicht ⁶⁾ folgenreiche Streitfrage hat nun in neuerer Zeit durch Erkenntnisse der dritten Instanz (des k. Appellationsgerichtes von Oberfranken) eine Entscheidung zu Gunsten der Ansicht gefunden, wonach der Ablauf der gesetzlichen Zeit von 51 Jahren allein die

⁶⁾ Auch die Geschäftsthätigkeit der Gerichte erfährt durch das Fortbestehen oder die unrichtige Lösung der Kontroverse Störungen und hie und da eine Verdoppelung. — Nach Bam. Landr. nämlich (§. 111 §. X) sind alle Verschollenheitserkennnisse mit definitiver Vermögensaußhandigung (Todeserklärung) den Gerichten zweiter Instanz vorzulegen, von diesen ex officio zu prüfen und zu bestätigen. Ist nun die erste Ediktalladung verspätet, etwa statt nach 40 erst nach 46 Jahren erlassen, und das Stadt- oder Landgericht erläßt die Todeserklärung nach den gesetzlichen 51 Jahren, während das Bezirksgericht die Wiederholung der Ladung nach $10\frac{1}{2}$ Jahren von der verspäteten ersten Ladung an gerechnet für nothwendig hält, so wird das nach 51 Jahren vorgelegte Erkenntniß erster Instanz in der zweiten vernichtet und sowohl die erste als die zweite Instanz hat sich noch $6\frac{1}{2}$ Jahre später wiederholt mit der Erkenntnißfällung zu befassen. — Mit der Mühe des Richters verdoppeln sich auch die Kosten der Parteien durch Wiederholung der Ausschreibungen in öffentlichen Blättern u. dgl.

Todeserklärung zulässig macht, und eine Wiederholung der Ladung nicht erforderlich ist, soferne die erste Ladung veräußt erscheint⁷⁾).

Bei der erwähnten praktischen Relevanz der Kontroverse wird es sachdienlich sein, hier die Motive, welche die Wichtigkeit der adoptirten Ansicht in jenen Erkenntnissen am überzeugendsten ersehen lassen, für kommende Entscheidungen aufzuzeichnen.

Für die adoptirte Anschauung spricht:

1) Der Buchstabe des Gesetzes. — Die ganze Entscheidung hängt von der Interpretation folgender Stelle (§. 109 §. VI des Bamb. Landrechtes) ab, welche nach Hinweglassung des Irrelevanten so lautet:

„nach den verflossenen ersten (40 $\frac{1}{2}$ Jahren ic.) und fernerweit 10 Jahren — —
 „hat die Obrigkeit die Vorladung zu wiederholen und ein ferner weites halbes
 „Jahr abzuwarten: nach dessen mehrmaliger (nochmaliger?) fruchtloser Verstreichung aber sollen die Anverwandten
 „aller weiteren Kautionleistung oder Berechnung entbunden sein“ ic.

⁷⁾ Namentlich die Entscheidungsgründe eines dieser Erkenntnisse sprechen sich besonders präcise dahin aus: „daß, wenn auch vor Erlassung der ersten Ediktalladung bereits der ganze Zeitraum von 50 Jahren abgelaufen ist, der Ablauf von noch weiteren 10 Jahren, somit im Ganzen von 60 Jahren bis zur zweiten Ediktalladung nicht erforderlich ist, um das Vermögen ohne Kaution der Erben verabsolgen lassen zu können.“ Erkenntniß des I. Appellationsgerichtes von Oberfranken vom 29. April 1865 RMr. Sch. 81⁶⁴/₆₅; ähnliche Präjudizien finden sich in den Akten RMr. R. 46⁶⁴/₆₅ und K. 71⁶⁴/₆₅.

Nachdem hier die definitive Vermögensauflösung von dem Sinne der Worte: „nach dessen fruchtloser Verstreichung“ abhängig gemacht ist, fragt es sich einfach, was denn eigentlich nach dem Sinne des Gesetzes hier „verstrichen“ sein muß. — Offenbar kann hiemit nur die Verstreichung des weiteren (letzten) halben Jahres, welches nach 50 $\frac{1}{2}$ Jahren zu laufen beginnt, somit die gesetzliche Zeit, nicht aber eine Verstreichung einer Wiederholung der Ladung gemeint sein; denn der letztere Ausdruck hätte gar keinen sprachlichen Sinn, weil nach unserem Sprachgebrauche wohl eine Zeitfrist, nicht aber eine Wiederholung einer Ladung verstreichen kann; und überdies hätte das Gesetz alsdann statt der Worte „dessen Verstreichung“ den Ausdruck „deren Verstreichung“ gebrauchen müssen.

2) Dafür spricht ferner der Geist (die Absicht, der Gedanke) des Gesetzes. — Die wahre Absicht des letzteren ist, einen Verschollenen alsdann für todt zu erklären, wenn eine hinreichend geraume Zeit (hier von 51 Jahren) seit der Grobjährigkeit^{*)} und Entfernung verfloßen ist, nach deren Ablauf sich mit vollkommener Willkür vermuthen läßt, der Verschollene sei todt. Daß dies der Fall, besagt der mit Gesetzeskraft versehene Kommentar des Bamberger Landrechtes von Hanauer zu dieser Stelle (S. 85. §. 3) geradezu: „Legislatori nostro autem normam potissimam dedit tempus absentiae.“ Ganz ähnlich ist auch im gemeinen Rechte das 70. Lebensjahr als Endziel der Vermuthung des Lebens genommen. — Diese Absicht nun würde aber unmöglich erreicht, soferne die vor-
ausgängige erste Ladung die gesetzlich bestimmte

*) Hiernach muß immer das 72. Lebensjahr des Verschollenen abgelaufen sein.

Zeit der folgenden Todeserklärung willkürlich und nach zufälligen Anlässen zu verändern und zu verschieben vermöchte, und die Todeserklärung allenfalls statt nach den gesetzlichen 51, erst nach 90 oder mehr Jahren erlassen werden könnte, während dieselbe, wenn auch nicht mehr rechtzeitig, so doch um eine geraume Zeit vorher erlassen werden kann.

3) Die Abhängigmachung der Todeserklärung von der bestimmten gesetzlichen Frist entspricht endlich dem Wesen eines richterlichen Urtheiles, der Billigkeit sowie der Zweckmäßigkeit.

Sie entspricht dem Wesen und der Aufgabe des die Todeserklärung aussprechenden Urtheiles. Denn das Urtheil soll nicht Rechte gewähren, — dies ist vielmehr die alleinige Aufgabe des Gesetzes; im Gegentheile soll dasselbe lediglich das aussprechen, was schon im Gesetze gewährt ist: fr. 8 §. 4 si serv. vind. (8, 5): quia per sententiam non debet (jus) constitui, sed (quod est) declarari. — Daher erscheint es auch in unserem Falle richtiger, anzunehmen, die Ladung oder Todeserklärung des Richters erzeuge nicht die praesumptio mortis gegenüber dem Abwesenden, sondern sie habe lediglich zu ermitteln, daß und wann diese Präsumtion nach gesetzlicher Vorschrift einzutreten hat. Ferner entspricht unsere Lösung der Billigkeit, weil sie, wie Eingang gezeigt, mittelbar erbberechtigten Personen nicht ihre an sich wohlbegründeten Erbrechte entzieht; sowie der Zweckmäßigkeit, weil auf diese Weise Haftungsansprüche gegen Richter vermieiden werden.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Kann einer vor den ordentlichen Gerichten eingeklagten Forderung mit einer aus einem Handelsgeschäfte abgeleiteten Kompensationseinrede begegnet werden?

Diese Frage hat der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen verneint:

Gemäß Art. 56 des Gesetzes, die Einführung des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches betr., sind für die Behandlung und Entscheidung der Handels-sachen besondere Gerichte — die Handelsgerichte — angeordnet worden; nach Art. 62 a. a. O. erstreckt sich die Zuständigkeit dieser Handelsgerichte auf alle Handels-sachen, und zu den Handels-sachen gehören nach Art. 63 insbesondere die Rechtsverhältnisse, welche aus Handelsgeschäften gemäß Art. 271—277 des Handelsgesetzbuches zwischen den Betheiligten entstehen.

Wenn den ordentlichen Gerichten die Entscheidung der über Handelsgeschäfte entstehenden Streitigkeiten entzogen ist, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Kläger oder der Beklagte auf solche Handelsgeschäfte seinen Forderungsanspruch gründet, ob er im Prozesse seine Forderung in der Form einer Klage, Widerklage oder Einrede zur Geltung zu bringen sucht, und ob das Gericht auf Veranlassung des Klägers oder des Beklagten angegangen wird, über ein bestrittenes Handelsgeschäft und über die daraus hergeleiteten Rechte und Verbindlichkeiten zu erkennen. Die Rechte der Parteien sind in dieser Beziehung im Prozesse gleich; es kann weder der Kläger verlangen, daß der Be-

klagte vor dem ordentlichen Gerichte zur Zahlung einer aus einem bestrittenen Handelsgeschäfte entsprungenen Handelschuld verurtheilt werde, noch kann der Beklagte die Befugniß in Anspruch nehmen, daß er auf den Grund einer ihm zustehenden, aus einem Handelsgeschäfte entstandenen Gegenforderung von einem Klaganspruche, welcher vor dem ordentlichen Gerichten verhandelt wird, entbunden werde.

Der zweite Grund, aus welchem das Bezirksgericht N. für zuständig erachtet werden soll, über die im Wege der Kompensation angebrachte Handelsforderung des Beklagten zu erkennen, soll durch die Bestimmung des Art. 64 des Gesetzes über Einführung des Handelsgesetzbuches gerechtfertigt werden, weil dasselbst für Handelsfachen unter 150 fl. in den dort näher bestimmten Fällen eine Ausnahme gemacht worden sei. Allein wenn das Gesetz selbst bestimmte Ausnahmen von einer Rechtsregel gemacht hat, so steht einer Partei das Recht nicht zu, die im Gesetze genau bezeichneten und beschränkten Ausnahmefälle durch beliebige Hinzufügung anderer Fälle zu vermehren. Der Beklagte vermochte nicht darzulegen, wie durch die Bestimmungen des Art. 64 die Annahme sich rechtfertigen lasse, daß der Gesetzgeber die Entscheidung über Handelsfachen, wenn die entstandene Forderung nicht durch eine Klage sondern durch eine Einrede zur Geltung und Liquidstellung gelangen solle, der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, vor welchen die Klage angebracht worden, zugewiesen worden sei.

Gänzlich unerheblich ist der dritte Beschwerdgrund, daß von den Handelsgerichten im Wege der Kompensationseinrede so wie der Widerklage auch Forderungen im Prozesse zugelassen würden, welche nicht in Handelsgeschäften ihren Ursprung hätten. Die Gerichtspraxis, welche die Handelsge-

richte in den zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Handelsfachen beobachten, kann dem obersten Gerichtshofe niemals zum Präjudize für seine Entscheidungen dienen, — am wenigsten dann, wenn dem obersten Gerichtshofe durch die Streitverhandlungen Veranlassung gegeben ist, seine eigene Kompetenz in Beurtheilung zu ziehen.

DAAG. v. 2. März 1866 Reg.-Nr. 403⁵³/₆₆.

G....r.

2.

Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Bei einem unter der Herrschaft des Ansbacher Provinzial- und subsidiär des preussischen Landrechtes mündlich abgeschlossenen Eheverlöbniß sollte der Bräutigam sich verpflichtet haben, sein elterliches Antwesen in die Ehe zu bringen. Es wurde der Vertrag als rechtsunwirksam angefochten deshalb, weil er der eben gedachten Vertragsbestimmung wegen gemäß Art. 14 des Not.-Ges. zur Rechtsgiltigkeit notarieller Verbriefung bedurft habe. Dieser Einwand wurde in allen Instanzen verworfen, und enthalten die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe Folgendes:

Wenn auch der Kläger bei Abschluß des Eheverlöbnißes sich verbindlich gemacht hat, sein elterliches Antwesen in die Ehe einzubringen, so ist durch diese Stipulation in keiner Weise ein Vertrag über das Eigenthum oder die Besitzveränderung einer unbeweglichen Sache oder über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen im Sinne des Art. 14 des Not.-Ges., sondern lediglich ein Versprechen gegeben, das Eigenthum einer unbeweglichen Sache seiner Zeit erwerben und solches sodann in die Ehe ein-

bringen zu wollen. Von Einräumung eines Rechts-
titels auf das elterliche Anwesen von Seite des
Klägers, wie in der Revision dargethan werden will,
kann hier keine Rede sein, da Kläger zur Zeit des
gegebenen Versprechens selbst noch gar nicht Besitzer
und Eigenthümer dieses Anwesens war und sohin
einem Dritten Rechte auf dasselbe einzuräumen
rechtlich gar nicht im Stande war.

DAAG. v. 2. März 1866 Reg.-Nr. 364⁶⁵/₆₆.

G r.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenz-
konflikte unter Gerichten betr.

CLXXI.

Das von einem Handelsgerichte um Vollstreckung der Im-
mobiliarenregulation requirirte Stadt- oder Landgericht der ge-
legenen Sache hat auch den Verkaufserlös an die gerichts-
bekannten Gläubiger prioritätsgemäß zu vertheilen, ohne
daß der Werth des Verkaufsobjectes und die Größe der be-
theiligten Forderungen auf seine Zuständigkeit einen Ein-
fluß äußern ¹⁾).

Wie in Bd. XXX dieser Blätter S. 65 ff.
mitgetheilt ist, war in der Streitsache des Pferde-

¹⁾ In völlig gleichem Sinne ist auch durch oberstrichter-
liches Erkenntniß vom 15. Juli 1865 (U. v. Nr. 34)
ein Kompetenzkonflikt zwischen dem Handelsgerichte
München und dem Handelsgerichte Prossburg in

händlers K. gegen den Fuhrmann Joh. S. wegen Wechselforderung pr. 180 fl. ein Kompetenzkonflikt zwischen dem k. Bezirksgerichte und dem k. Handelsgerichte Hof durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 26. Juni 1863 entschieden und das letztere Gericht als das zuständige erklärt worden.

Dieselbe Sache gab nun Veranlassung zu einem weiteren Kompetenzkonflikte zwischen dem Handelsgerichte Hof und dem Landgerichte Naila.

Das Handelsgericht Hof stellte nämlich an das Landgericht Naila das Ansinnen, auf die zu den Akten gebrachten Anträge, soweit hierüber noch nicht entschieden wurde, zum Zwecke der Vollstreckung des vorliegenden rechtskräftigen Erkenntnisses vom 8. Febr. 1861 zu verfügen, nachdem gemäß Art. 75 des Einf.-Gesetzes zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuche die Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse auf Requisition des Handelsgerichtes ganz allgemein dem betreffenden Landgerichte zugewiesen ist.

Das Landgericht Naila erteilte hierauf dem Käufer Adam S. den Auftrag, den Rausschilling von 700 fl. zu erlegen, und dieser wies denselben dadurch aus, daß die beiden ersten Hypothekgläubiger, jeder mit 300 fl., erklärten, sie wollen diese Kapitalien auf dem Anwesen stehen lassen, während der Käufer den Betrag von 100 fl. erlegte.

Hievon erteilte das Landgericht Naila dem Handelsgerichte Hof am 20. Juni 1864 Nachricht und sendete auch diese 100 fl. dahin.

der Sache des Kommissionärs S. von Treifing gegen Vitus und Maria W. von Holzbof wegen einer Wechselforderung zu 3277 fl. 35 kr. für die Zuständigkeit des um Vornahme der Immobilienregulation requirirten Landgerichtes entschieden worden.

Inzwischen hatte der Notar Sch. von M. für den früheren Anwesenskäufer K. schon am 23. Febr. 1863 die Einzahlung der Kaufsdifferenz zu 305 fl. und 95 fl. für Zinsen und Kosten angeboten und nach deren Annahme von Seite der Gläubiger unter'm 7. Januar 1864 auch erlegt.

Das Handelsgericht Hof sendete sofort am 6. Juli 1864 die Akten sammt dem eingezahlten Gelde an das Landgericht Naila zurück, weil nach obigem Art. 75 die Durchführung der Exekution diesem Gerichte um so mehr zukomme, als hiebei Rechtsverhältnisse zur Sprache kommen, zu deren Entscheidung nur das ordentliche Gericht zuständig sei.

Das Landgericht Naila gab aber die Akten wiederholt an das Handelsgericht Hof ab, da zur Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse die Massevertheilung nicht mehr gehöre, und wenn die vorliegenden Verhältnisse von dem ordentlichen Gerichte zu entscheiden seien, hiezu nur das k. Bezirksgericht Hof zuständig sei.

Der nunmehr von einem der Hypothetgläubiger angeregte Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden:

daß zum weiteren Verfahren in dieser Exekutionssache das k. Landgericht Naila zuständig sei.

Diesem Ausspruche ist Folgendes zur Begründung beigelegt:

Der oberste Gerichtshof hat in dieser Streitsache schon am 26. Juni 1863 einen Kompetenzkonflikt zwischen dem Bezirksgerichte und dem Handelsgerichte Hof dahin entschieden, daß zum weiteren Verfahren in der Sache das k. Handelsgericht Hof zuständig sei, und zwar zu einer Zeit, in wel-

der diese Sache bereits in das Exekutionsstadium eingetreten war.

Damals handelte es sich indeß um die Frage, ob das Bezirksgericht Hof, welches in dieser nach preussischem Landrechte behandelten Wechselsache gemäß §. 11 Abs. 2 der Verordnung vom 12. August 1857, die Formation der Handels- und Wechselgerichte in den Landestheilen diesseits des Rheins betreffend (Regbl. S. 1039), das zuständige Gericht in der Hauptsache war, nach dem 1. Juli 1862 auch noch Prozeßgericht in dieser Sache verblieben sei, — welche Frage zu verneinen war, da nach Art. 56 des oben erwähnten Einführungsgesetzes für Behandlung und Entscheidung aller Handelsfachen zu dieser Zeit besondere Handelsgerichte errichtet wurden, denen nach Art. 67 Abs. 1 dieses Gesetzes in Bezug auf alle Wechselsachen in gleicher Weise die Zuständigkeit eingeräumt worden ist, — so daß in Aufhebung der Wechselsachen nun die Handelsgerichte vollständig an die Stelle der Bezirksgerichte, soweit diese bisher zuständig waren, getreten sind.

Eine Frage ganz anderer Art liegt hier vor.

Nach Art. 75 des Einf.-Ges. erfolgt die Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse an unbeweglichen Sachen auf Requisition des Handelsgerichtes durch das Stadt- oder Landgericht, in dessen Bezirk die Sache liegt.

Dieser klaren Vorschrift zufolge geht daher die Exekution der handelsgerichtlichen Erkenntnisse ganz allgemein bei unbeweglichen Sachen auf das betreffende Stadt- oder Landgericht über.

Das Handelsgericht Hof hat nun, nachdem der oberste Gerichtshof dessen Zuständigkeit in der Hauptsache ausgesprochen hat, dieser Vorschrift entsprechend das Landgericht Maila angegangen, die Exekution an dem dort befindlichen unbeweglichen

Gute des Beklagten durchzuführen, und kann schon deshalb nach den so eben angegebenen Gesichtspunkten nicht der geringste Zweifel bestehen, daß dieses die angemessene Exekution vollständig bis zur Uebermittlung des für den Wechselgläubiger sich ergebenden Betrages an das Handelsgericht Hof in Erledigung zu bringen hat.

Ueber die Ausführung einer solchen Exekution durch das requirirte Gericht geben aber auch schon die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften ganz sachgemäße Bestimmungen an die Hand.

Nach Kap. XVIII §. 2 Nr. 2 und 3 der O. ist, wenn das Gut, woran die Exekution vollbracht werden soll, nicht unter denselben sondern einen anderen Gerichtszwang gehört, diese Exekution durch die requirirte Obrigkeit zu verfügen, daher auch nur diese letztere alle zur Vollbringung der Exekution erforderlichen Verfügungen zu treffen hat.

Gemäß §. 90 des Civ.-Proz.-Gesetzes v. J. 1837 muß bei einer Versteigerung unbeweglicher Güter den Hypothek- und übrigen altenmäßig bekannten Gläubigern solche besonders bekannt gemacht werden, und wird dem §. 92 zufolge, wenn das zu versteigernde Gut verhypothekirt ist, nach §. 64 des Hyp.-Gesetzes vorbehaltlich der Bestimmungen der §§. 98—101 des Proz.-Gesetzes vom Jahre 1837 verfahren. Hienach hat das erequirende Gericht gemäß §. 81 des Hyp.-Gesetzes namentlich dafür zu sorgen, daß die Hypothekgläubiger aus dem Kaufpreise nach gesetzlicher Ordnung befriedigt werden, was die Nothwendigkeit der Lokation der altenmäßig bekannten Gläubiger durch dieses Gericht von selbst zur Folge hat. — Die Schlichtung solcher Rechtsverhältnisse liegt jedenfalls auch ganz außer dem Zuständigkeits-

§. 2 über Citation und Wichtigkeit auch auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden wären, und daß, wenn das Gesetz wirklich bestimmte: Die zweimalige Ladung (oder: die Wiederholung der Ladung) solle die gesetzliche Voraussetzung der definitiven Vermögensauzhändigung und das vorschriftsmäßige Verfahren für dieselbe bilden, — eine solche Vermögensauzhändigung nach einer bloß einmaligen Ladung nichtig wäre. — Allein das Landrecht, wie schon oben bemerkt, bestimmt dieß nicht und verlangt für die Todeserklärung überhaupt kein „Verfahren“; sondern es verfügt einfach: nach Ablauf des letzten halben Jahres sei das Vermögen definitiv auszuhändigen. Damit ist die erste Ladung und ein mittels derselben einzuleitendes Verfahren ausdrücklich als keine Voraussetzung, und umgekehrt der Ablauf der gesetzlichen Zeit von 51 Jahren als die einzige Voraussetzung der definitiven Vermögensauzhändigung erklärt. Wenn aber die erste Ladung keine gesetzliche Voraussetzung der Todeserklärung bildet, so fällt damit sowohl der obige Einwand der Gegner, als der scheinbare Eingang erwähnte Widerspruch des Bamberger Landrechtes, wonach dieses für die Todeserklärung die Einhaltung des gesetzlichen Endtermines von 51 Jahren und nichtsdestoweniger eine Wiederholung der Ladung nach 10 $\frac{1}{2}$ Jahren, — somit etwas verlangen sollte, was da, wo der rechtzeitige Erlass der ersten Ladung versäumt wurde, geradezu unausführbar wäre, — in Nichts zusammen. — Die nähere Betrachtung wird diesen vermeintlichen Widerspruch möglichst einfach lösen.

Das Gesetz bestimmt nämlich nicht: daß überhaupt eine wiederholte oder mehrmalige Ladung der Todeserklärung unter allen Umständen vorausgehen müsse; — sondern nur: daß die nach 40 Jahren schon erlassene Ladung wiederholt werden müsse. Es

bestimmt damit ferner, daß jene erste Ladung wiederholt, nicht, daß sie nachgeholt werden soll, kann oder darf, insbesondere nicht, daß sie da nachgeholt werden soll, wo die Nachholung wegen Ablaufes der ganzen Verschollenheitsperiode sogar die Gesetzesbestimmung verletzen würde, daß diese Periode mit den 51 Jahren geschlossen sei, während doch eine spätere Nachholung der ersten Ladung diese Periode bedeutend verlängern müßte. Das Gesetz setzt eben einfach den nach 40 Jahren erfolgenden, den rechtzeitigen Erlaß der ersten Ladung voraus; wenn sie damals erlassen wurde, so ist sie nach $10\frac{1}{2}$ Jahren zu wiederholen. Den Fall einer Versäumung oder Verspätung der ersten Ladung dagegen, — eben den Fall, welcher uns hier angeht, — hat das Gesetz überhaupt nicht vorgesehen.

Deßhalb geht es nicht an, die nur für jene rechtzeitige 40jährige Ladung gegebene Vorschrift, die Ladung zu wiederholen, wie die gegnerische Ansicht will, unbedingt auf den in der Wirklichkeit nicht analogen Fall, daß die Ladung innerhalb der 51 Jahre überhaupt versäumt ist, „analog“ zu „übertragen“; eine derartige Analogie wäre dem Rechte zuwider, weil sie der schon früher nachgewiesenen Absicht des Gesetzes widerspricht, wonach der gesetzlich bestimmte Zeitabschnitt von 51 Jahren allein zu entscheiden hat, und weil jede Ausdehnung einer gesetzlichen Bestimmung rechtlich unzulässig erscheint, welche der Absicht des Gesetzgebers entgegensteht. Deßhalb mag immerhin noch nach 40 und bis zu $50\frac{1}{2}$ Jahren — analog der Vorschrift, daß die erste Ladung rechtzeitig erlassen und nach $50\frac{1}{2}$ Jahren wiederholt werden solle, — eine Nachholung und Wiederholung der Ladung erfolgen; diese widerspricht der mit den 51 Jahren gesetzlich beabsichtigten Beendigung der Verschollenheitszeit

nicht; nach 50^{1/2} Jahren dagegen kann lediglich noch eine Ediktalladung behufs definitiver Vermögensaushändigung eintreten.

5) Fragt man dabei schließlich: warum denn alsdann überhaupt jene erste, nach 40 Jahren zu erlassende Ladung im Gesetze vorgeschrieben sei, obgleich derselben ein Einfluß auf die bereinstige Todeserklärung gesetzlich nicht zukommt, so gibt §. 109 §. IV. des Bamberger Landrechtes auch hierüber einen vollkommen befriedigenden Aufschluß. Hiernach können die in Folge dieser Ladung sich legitimirenden nächsten Verwandten von da an bis zur definitiven Aushändigung des Kuratelvermögens den Nutzgenuß desselben gegen Caution verlangen. —

Darin also enthüllt sich der ganze Zweck jener ersten Ediktalladung. Wird dieselbe erlassen, so kann den Erben der Nutzgenuß gewährt werden; wird dieselbe unterlassen, so muß der letztere unterbleiben; eine weitere Folge aber ist gesetzlich mit dieser Ladung nirgends verbunden. — So erklärt sich, wie die Vorschrift der erstmaligen Ladung nach 40 Jahren gegeben sein kann, ohne den Zweck zu haben, ein Prozeß-„Verfahren“ für die Todeserklärung zu bilden und ohne sonst irgend einen Einfluß auf die letztere gesetzlich zu üben. In Bezug auf letztere erscheint dieselbe somit als ein Gesetz, welches zwar an sich gebietet, dessen Nichtbeachtung aber mit einer Rechtsfolge nicht bedroht ist: eine Art *lex imperfecta*, wie solche Bestimmungen auch in anderen Rechtsgebieten sich finden⁹⁾.

II. Streitfrage: Ist die Erkenntnißfällung behufs definitiver Vermögensaushändigung (nach

⁹⁾ Buchta, Kursus der Inst. Bd. I §. 80, S. 338 der 4. Aufl.

51 Jahren) bedingt durch den Erlaß eines erstmaligen Erkenntnisses nach $40\frac{1}{2}$ Jahren?

Auch dieses wurde in zweien von den oben (Note 7) allegirten Erkenntnissen III. Instanz ¹⁰⁾ mit Recht verneint, weil §. 109 §. IV des Bamb. Landrechtes bestimmt, daß nach Erlaß der ersten Ladung die nächsten Verwandten des Absenten den einstweiligen Genuß des Vermögens „verlangen können“. Steht es sonach in der Macht der Erben, den Nutzgenuß zu verlangen oder nicht, so ist alsdann, wenn ein Antrag auf Aushändigung zum Nutzgenuß nicht gestellt ist, überhaupt keine Veranlassung zu einer Erkenntnißfällung vor 51 Jahren gegeben; daher kann auch unmöglich ein Erkenntniß nach $40\frac{1}{2}$ Jahren eine Vorbedingung für das nach 51 Jahren zu erlassende Erkenntniß sein.

III. Streitfrage: Sind die nach $40\frac{1}{2}$ Jahren in den Nutzgenuß des Kuratelvermögens einzusetzenden Personen, oder diejenigen, welche sich erst nach dem Erlasse der zweiten Ladung (nach 51 Jahren) als Erben herausstellen würden, als die rechten Erben des Absenten zu erachten ¹¹⁾?

Regelmäßig kommen nach 51 Jahren ganz andere Personen als Erben des Abwesenden zum

¹⁰⁾ Erl. v. 2. Mai 1865 Nr. 46⁶⁴/₆₅ und Nr. 71⁶⁴/₆₅.

¹¹⁾ Für obige Ansicht ist Weber (Komm. zum Bamb. Landr. Bd. III §. 37 §. 1138 Ziff. 3, β; §. 39 §. 1139); der entgegengesetzten Ansicht ist v. Spies (Handbuch des Bamb. Provinzialrechtes §. 30 §. 25). — Allein die Ansicht v. Spies' ist unrichtig, weil die von ihm allegirten älteren Verord-

Vorschein, als nach $40\frac{1}{2}$ Jahren, indem in der Zwischenzeit einzelne verstorben, und für dieselben neue Linien eingetreten sind. — In diesem Falle ist aus nachstehenden Gründen anzunehmen, daß die nach $40\frac{1}{2}$ Jahren sich als die nächsten Verwandten Legitimirenden auch für alle Folgezeit als die Erben zu erachten sind.

1) §. 109 §. IV des Bamb. Landrechtes werden die nach $40\frac{1}{2}$ Jahren vorhandenen Verwandten als „die nächsten Anverwandten und ordentlichen Erbfolger“ bezeichnet, obgleich sie vorläufig nur den Nuzgenuß erhalten.

2) Der mit Gesetzeskraft versehene Kommentar von Hanauer zum Bamb. Landr. §. 86 §. 6 (zu §. V des Landrechtes a. a. D.) nennt die Einsetzung in den Nuzgenuß nach $40\frac{1}{2}$ Jahren ausdrücklich eine „antizipirte Erbschaft“, welche in eventum (wenn der Abwesende nicht zurückkehrt) den nächsten Successoren gebühre.

3) Ebenderfelbe (a. a. D. §. 86 §. 4) bemerkt: „cum itaque praesumendum ¹²⁾), illorum

nungen aus den Jahren 1759 und 1760 durch die oben angeführten Gesetzesbestimmungen im Bamb. Landr. und Hanauer's Kommentar, welche beide erst aus dem Jahre 1769, somit späteren Ursprunges sind, nach dem Grundsatz: *lex posterior derogat priori*, — wieder aufgehoben erscheinen. Das I. Bezirksgericht Bamberg hat die adoptirte Anschauung in mehrfachen Erkenntnissen gebilligt.

- ¹²⁾ Hiernach möchte es den Anschein gewinnen, als ob schon nach $40\frac{1}{2}$ Jahren die Präsumtion des Todes des Abwesenden eintreten sollte. Allein die hier angeführte Präsumtion ist nicht eine *praesumptio juris*, sondern lediglich eine einfache Vermuthung (Hanauer a. a. D. §. 86 §. 6 nennt sie *certitudo moralis de morte absentis*). Sie wird vom Gesetze für stark genug erachtet zur Bestimmung der (eventuellen) Erben und Ueberlassung des Ver-

hereditatem hujatibus proximis successoribus dudum delatam esse, iniquum omnino foret, his non saltem usumfructum interimisticum tribuere“, und bezeichnet so die nach 40¹/₂ Jahren mit dem Nuzgenuß Betranten wiederholt als proximi successores.

Dr. Seitz.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Vertragserfüllung Zug um Zug durch Zahlung des Kaufschillings und durch Uebergabe hypothekensfreier Grundstücke.

In einem Kaufvertrage waren die Bestimmungen enthalten: der Käufer habe den Kaufschilling nach 3 Monaten an den Verkäufer zu bezahlen, und der Verkäufer mache sich verbindlich, binnen gleicher Frist die Grundstücke von den eingetragenen Hypotheken zu befreien, so daß dieselben hypothekensfrei an den Käufer übergehen würden. Innerhalb dieser Frist wurde weder die Zahlung des Kaufschillings noch die Löschung der Hypotheken bewirkt. Nach Ablauf derselben veranlaßte der Verkäufer, von seinen Gläubigern auf Zahlung gedrängt, bei dem Hypotheken-

mögens an dieselben zur Kautionsleistung gegen Kaution; aber erst durch den Ablauf weiterer 10 Jahre verstärkt sie sich (Hanauer a. a. O. verbo: angetur) zur praesumptio juris mit der Wirkung der Ueberlassung des Vermögens zu Eigenthum und ohne Kaution an die bereits durch die einfache Vermuthung bestimmten Erben.

amte die Anberaumung einer Tagfahrt und die Ladung seiner Hypothetgläubiger sowie des Gutskäufers hiezu; der Letzte erschien jedoch nicht. Um die nöthigen Zahlungsmittel zur Befriedigung dieser Gläubiger zu erhalten, cedirte später der Verkäufer den noch rückständigen Kauffchilling zu 8034 fl. mit einem angeblichen Nachlasse von 575 fl., und erhob hierauf Klage gegen den Käufer, von welchem er den Ersatz dieses Nachlaßbetrages und der Prozeß- und Anwaltskosten zu 125 fl. forderte, weil diese ihm dadurch verursacht worden seien, daß der Käufer an der bestimmten Tagfahrt nicht erschienen sei, den Kauffchilling nicht erlegt, und hiedurch verhindert habe, daß in einem Akte, Zug um Zug, die Bezahlung der Hypothetgläubiger und die Löschung der Hypotheken habe vor sich gehen können; der Kläger behauptete, Alles gethan zu haben, was ihm zur Erfüllung des Vertrages obgelegen sei; denn die Gläubiger seien zur Empfangnahme ihrer Forderungen erschienen und zur Bewilligung der Löschung ihrer Hypothekenrechte bereit gewesen.

Der Beklagte wurde in allen Instanzen von der Klage entbunden. In Bezug auf die Vertragserfüllung Zug für Zug enthalten die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses folgende Ausführung:

1) dadurch daß der Kläger nach Ablauf der $\frac{1}{4}$ jährigen Frist, welche beide Theile, ohne die schuldige Leistung und Gegenleistung zu machen, hatten ablaufen lassen, die Anberaumung eines Termines zur Vornahme der Hypothekenlöschung und die Ladung seiner Hypothetgläubiger zur Empfangnahme ihrer Forderungen veranlaßte, hat derselbe seine Verbindlichkeit noch keineswegs in genügender Weise erfüllt. Denn das Erscheinen der Gläubiger war noch nicht hinreichend, sie zur Bewilligung der Hypothekenlöschung zu vermögen, wenn ihnen nicht zuvor

ihrer Forderungen an Kapitalkien und Zinsen ausgezahlt wurden; der Kläger befand sich also vor ihrer vollständigen Befriedigung, welche nicht der Käufer übernommen hatte, nicht in der Lage, dem Beklagten die verkauften Realitäten hypothekensfrei anzubieten und zu überweisen oder erklären zu können, daß die vollständige Vertragserfüllung nun Zug um Zug geschehen könne, indem er die Grundstücke von dem Hypothekverbande befreit habe und nun dem Käufer gegen Zahlung des Kauffschillings hypothekensfreie Realitäten übergebe. Die Gläubiger hatten vor ihrer Befriedigung keine Lust, die Hypotheken löschen zu lassen, der Käufer hatte die Hypothekenschulden an Zahlungsstatt des Kauffschillings nicht übernommen, er hatte das Schuldenwesen des Gutöverkäufers nicht zu ordnen, es lag ihm eine Mitwirkung zur Tilgung der Hypothekenskapitalien und zur Freimachung der Grundstücke durch eine Vorschußleistung am Kauffschillinge nicht ob; er war zu einer Auszahlung des Kauffschillings insolange nicht verbunden, als ihm die Einsicht in das Hypothekenbuch den offenkundigen Nachweis lieferte, daß sich der Verkäufer die rechtliche Möglichkeit nicht verschafft habe, hypothekensfreie Realitäten tatsächlich zu offeriren, und den Käufer gegen dieses Anerbieten zur Aushändigung des Kauffschillings zu verpflichten. Wenn sich also die Gläubiger an der Tagfahrt unverrichteter Sache wieder entfernten, weil ihr Schuldner, der Kläger, welcher sie zur Empfangnahme ihrer Forderungen hatte vorladen lassen, die Mittel zu ihrer Befriedigung noch nicht in Händen hatte, so trifft das Verschulden nur den Kläger.

2) Wenn sich der Kläger auf dem eingeschlagenen Wege vorerst die nöthige Geldbaarschaft zur Tilgung seiner Hypothekenschulden dadurch verschaffen wollte,

daß er beabsichtigte, den Käufer zur Erlegung des Kauffschillings bei dem Hypothekenamte zu veranlassen, damit die Gläubiger mit diesem Gelde bezahlt würden und alsdann die Löschung der Hypotheken bewilligten, — so verlangte der Kläger in der Wirklichkeit nichts Anderes, als daß der Käufer mit der Zahlung des Kauffschillings vorangehe — also daß derselbe vorerst den Vertrag vollständig erfülle, damit der Kläger in den Stand gesetzt werde, auch seine Verbindlichkeit, die Freimachung der Realitäten von seinen Hypothekenschulden, vollständig erfüllen zu können. Zu einem solchen Begehren hatte der Kläger ebenso wenig eine Berechtigung, als der Beklagte die Befugniß für sich in Anspruch hätte nehmen können, von dem Verkäufer und Kläger zu verlangen, daß er vorerst die Hypotheken löschen lasse, damit ihm die Aufnahme eines Kapitals und hiedurch die Beschaffung der nöthigen Geldsumme möglich gemacht werde, um den schuldigen Kauffschilling bezahlen zu können.

3) Die Zufriedenstellung der Hyp.-Gläubiger war vertragsgemäß lediglich Sache des Hyp.-Schuldners geblieben; der Käufer hatte kein besonderes Interesse dabei, auf welche Weise derselbe die Befriedigung der Gläubiger und die Löschung der Hypotheken bewerkstelligte; wenn aber der Verkäufer den Käufer hiebei zur Vornahme einer Handlung verpflichten wollte, weil er sich außer Stand sah, die Hyp.-Löschung anders als durch vorgängige gerichtliche Erlegung des Kauffschillings zu bewirken, so hätte er hiefür durch eine besondere Vertragsbestimmung Vorkehrung treffen sollen; ohne eine solche spezielle Bestimmung kann er weder auf den Kaufvertrag noch auf eine gesetzliche Bestimmung das Recht gründen, mittels einer Klage den Beklagten, als Gutskäufer, zur vorgängigen Erlegung des Kauffschillings behufs der

tilgung der von ihm kontrahirten, nicht überwiesenen Schulden und behufs der Löschung der hiefür eingetragenen Hypotheken zu zwingen. Bei Anstellung der Klage genügt es zwar zur Begründung derselben, wenn der Kläger erklärt, daß er seiner Seite den Vertrag erfüllt habe, oder daß er die Erfüllung vollständig anbiete. Wenn es sich aber nicht mehr um die bloße Klagestellung, sondern um den Vollzug des Vertrages selbst nach Inhalt der einem jeden Kontrahenten obliegenden Leistungen handelt, und wenn demgemäß der Verkäufer den Käufer auffordert, den bedungenen Kauffchilling zu bezahlen, so genügt der Verkäufer, welcher die verkauften Objekte frei von allen Hypothekenrechten zu übergeben hat, seiner Verbindlichkeit nicht, wenn er verhypothezte Objekte darbietet und nur erklärt, er wolle die Hypotheken löschen lassen. Wie der Käufer, wenn er die Uebergabe hypothekenfreier Realitäten verlangt, den Kauffchilling in der Hand haben muß, um den Verkäufer zu überzeugen, daß es ihm nicht um ein bloßes Zahlungsversprechen sondern um wirkliche Zahlungsleistung zu thun sei, so muß auch der Verkäufer, wenn er auf Berichtigung des Kauffchillings bringt, die zu übergebenden Realitäten von dem Hyp.-Verbande bereits völlig frei gemacht haben, um dem Käufer die Ueberzeugung zu gewähren, daß auch er in der Lage sich befinde, die Realitäten hypothekenfrei zu überweisen und nicht erst mit dem zu erlegenden Kauffchillinge von den Hypotheken frei machen zu müssen. Da die Löschung derselben erst viel später erfolgte, so hat der Käufer die nachtheiligen Folgen eines schuldhaften Verzuges, durch welchen er zur Entschädigung verpflichtet wäre, nicht verwirkt, wenn er nicht schon bei der früheren Tagfahrt Zahlung leistete; er war vielmehr berechtigt, den Kauffchilling nach Verhältniß der eingetragenen und nicht gezahlten Hyp.-

Forderungen in so lange zurückzubehalten ¹⁾, bis der Verkäufer die Erklärung machen konnte: die Hypotheken seien gelöscht, er sei bereit, die verkauften Realitäten gegen alsbaldige Zahlung des Kaufpreises frei von allen im Hypothekenbuche eingetragenen dinglichen Rechten zu übergeben.

DAGE. v. 9. April 1866 Reg.-Nr. 540 ^{65/66}

§. *

2.

Auslegung und Abänderung der Verträge, welche zu ihrer Gültigkeit gerichtliche Bestätigung erfordern.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Die Behauptung, daß anders kontrahirt worden, als die unzweifelhaften Worte des Vertrages lauten, ist im Falle eines Vertrages unstatthaft, welcher nur dann Gültigkeit hat, wenn er gerichtlich errichtet und gerichtlich genehmigt worden ist. Der Beweis, daß anders kontrahirt worden, würde

¹⁾ Gluck, Rom. Bd. XVII S. 227; Anm. z. Bayer. LR. Th. IV Kap. III §. 10 Nr. 5.

In derselben Weise wurde oberstrichterlich am 25. November 1853 (Reg. N. 1302^{61/52}) erkannt. In den Gründen dieses Erkenntnisses kommt vor: „Es läßt sich nicht einwenden, daß der Verkäufer, wenn er die Löschung der auf den verkauften Realitäten haftenden Hypotheken bewirke, mit seiner Leistung dem Käufer vorangehe, denn wenn er die Löschung der Hypotheken vor der Tradition veranlaßt, so erfüllt er hiemit noch nicht eine Leistung an den Käufer, sondern er setzt sich nur in die Lage, daß er das Vertragsobjekt in derjenigen Qualität, welche Vertrag und Gesetz (Bayer. LR. Th. IV Kap. III §. 10 Nr. 2) erfordern, auf Verlangen des Käufers tradiren kann.“

Vgl. auch Bl. f. RM. Bd. XXX S. 381.

eine der gerichtlichen Genehmigung oder Nichtgenehmigung vorbehaltene Verabredung zu Tag fördern, die ungiltig sein müßte, weil sich das Gericht über die Genehmigung oder Verweigerung derselben auszusprechen nicht im Stande gewesen wäre. Sollte eine andere als die dem Wortlaute entsprechende Auslegung eines solchen Vertrages statthaft erscheinen, so müßten die zur Begründung einer solchen Auslegung erforderlichen Thatfachen von einer Beschaffenheit sein, wodurch nicht nur, daß die Kontrahenten vollkommene Wissenschaft von einem anderen Willen als dem durch den Wortlaut des Vertrages ausgedrückten gehabt haben, außer Zweifel gesetzt wäre, sondern insbesondere auch dem Gerichte diese Wissenschaft klar vorgeschwebt, und es unter dieser Voraussetzung dem Vertrage die Genehmigung ertheilt habe, da widrigen Falles nicht der dem Gerichte vorenthaltene Wille der Kontrahenten, sondern der Wortlaut des Vertrages als der gerichtlich genehmigte, und sohin als der allein gültige erscheinen würde.¹⁾

¹⁾ In dem beurtheilten Falle wollte nicht der Vertrag als ungiltig angefochten, sondern nur der Vollzug desselben in einer Weise angesprochen werden, welche dem Wortlaute des gerichtlich bestätigten Vertrages direkt zuwiderlief. — Anders wäre es, wenn ein Vertrag, welcher gerichtlicher Bestätigung bedarf, als simulirt und wegen dieser Simulation ungiltig angefochten wird. Hier muß der Grundsatz gelten, daß dieser Vertrag nichtig, weil der Konsens der Kontrahenten fehlt, daß aber auch der Vertrag, welchen die Kontrahenten durch den simulirten verdecken wollten, wegen Mangels der zu seiner Gültigkeit erforderlichen Form ungiltig sei (vgl. Bd. XXX S. 360 bzw. 400 und oben S. 218). — Von einer solchen Anfechtung des Vertrages wegen Simulation scheint auch das in Bd. VIII S. 160 dieser Blätter angeführte oberstrichterliche Erkenntniß zu sprechen.

Will aber behauptet werden, daß durch spätere Verhandlungen eine vertragsmäßige Abänderung des Vertrages vor sich gegangen sei, so ist dieses ebenfalls unbehelflich. Denn die Abänderung eines gerichtlich zu errichtenden und zu genehmigenden Vertrages erfordert zu ihrer Giltigkeit nicht minder die gerichtliche Errichtung und Genehmigung als die ursprüngliche Vertragseingehung.

OAGErk. v. 14. April 1866 Nr. 498^{65/66}.
77.

3.

Berufungssumme in Streitigkeiten über ein bleibendes Recht auf wiederkehrende Leistungen.

Die Frage: ob gegenüber dem Art. 19 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 der Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes v. 23. Mai 1846, die Berufungssumme in Civilrechtsstreiten betr., noch in Wirksamkeit bestehe? — hat der oberste Gerichtshof bejahend entschieden.

OAGG. v. 5. März 1866 Reg.-Nr. 396^{65/66}.
G. . . . r. —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXXII.

Die Forderung gegen einen Zimmermeister auf Entrichtung des Kauffchillings für das demselben gelieferte Bauholz gehört zur Kompetenz des ordentlichen Gerichtes¹⁾.

Drei Bauern von Unterneuseß, welche dem Zimmermeister B. in Hallstadt Föhrenstämme zu Bauholz geliefert hatten, stellten wegen eines Kauffschillingsrückstandes zu 105 fl. 21 fr. gegen den

¹⁾ Vergl. Nr. CLXVIII S. 239 und Nr. CLXX S. 270.

Käufer Klage bei dem k. Landgerichte Bamberg I. Dieses Gericht erkannte nach Durchführung des ersten Verfahrens auf Beweis, wogegen die Kläger Berufung einlegten, worauf das k. Bezirksgericht Bamberg als zweite Instanz am 23. Sept. 1864 die Klage wegen mangelnder Kompetenz des ordentlichen Civilrichters von Amtswegen abwies.

Die Kläger wendeten sich nun an das Handelsgericht Bamberg, wo ihnen jedoch am 24. Dez. 1864 gleichfalls die Abweisung bedeutet wurde, weil die Streitsache weder nach der Person des Beklagten, noch nach ihrem Gegenstande zum Handelsgerichte gehöre.

Die Kläger regten nunmehr den Kompetenzkonflikt an, bei dessen Entscheidung der oberste Gerichtshof das k. Bezirksgericht Bamberg als Berufungsgericht für zuständig erklärte.

Dazu sind folgende Gründe angeführt:

Nach dem Klagevorbringen hat der Beklagte, Zimmermeister B., von den Klägern 40 Föhrenstämme zu Bauholz gekauft.

In Bezug auf die Eigenschaft des Beklagten als Zimmermeister sowohl, als auch insbesondere mit Rücksicht auf den in der Klage angezeigten Zweck, wozu der Kaufsgegenstand verwendet werden soll, erscheint das ordentliche Civilgericht zur Verhandlung und Entscheidung der Sache zuständig.

Nach Art. 271 Ziff. 1 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches bildet der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Gegenständen nur dann ein Handelsgeschäft, wenn er zu dem Ende erfolgte, um dieselben als solche, sohin wieder als bewegliche Sachen, weiter zu veräußern, wobei es dann allerdings keinen Unterschied mehr macht, ob dieselben in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen.

Vorliegend wurden von dem Beklagten 40 Stämme zu Bauholz, somit zu dem Behufe erkaufte, um sie für Bauten, d. i. in unbewegliche Sachen zu verwenden, ihnen daher auf diese Weise auch selbst die Natur beweglicher Gegenstände zu benehmen und sie in solchem Zustande jeder Veräußerlichkeit als selbständige Waare zu entkleiden.

Aber auch die Eigenschaft des Beklagten als Zimmermeister, dessen Beschäftigung im Wesentlichen in Verfertigung von Holzarbeiten zu Bauten, mithin für unbewegliche Sachen, besteht, weist darauf hin, daß hier kein Kauf im Sinne des vorstehenden Art. 271 Ziff. 1 vorliegt.

Die Verwendung des Holzes durch den Käufer in dieser Eigenschaft erfolgt in Ausübung seines Handwerksbetriebes, welcher lediglich in einer Werkverbindung in Bezug auf die Anfertigung von Holzarbeiten zu Bauten besteht, wobei durch Vereinigung des angekauften Materiales mit unbeweglichen Sachen diesem von selbst die Fähigkeit einer Weiterveräußerung als beweglicher Gegenstand völlig entzogen wird.

Da nun der Beklagte jedenfalls ein Kaufmann nicht ist, und das vorliegende Geschäft, wie gezeigt, auf seiner Seite auch ein Handelsgeschäft nicht enthält, so hatte das k. Bezirksgericht Bamberg durch seine Veranlassung, seine Zuständigkeit zur materiellen Prüfung der Sache in 2. Instanz abzulehnen.

Erk. d. O.G.G. v. 18. Aug. 1865 UB. Nr. 36.

— f —

Verichtigung.

S. 283, letzte Zeile der Note, statt: „Handelsgericht Moosburg“ lies: „Landgericht Moosburg.“

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Form der Eheverträge nach dem Ansbacher Statutarrechte, insbesondere wenn sie erbrechtliche Bestimmungen enthalten. — Wirkung einer mündlich erteilten, aber bereits vollzogenen Anweisung nach preussischem Landrechte. — Dienstverhältniß der Aktiare an den vormaligen Patrimonialgerichten. — Zum bayerischen Landrechte Eb. I Kap. X §. 7 Nr. 1. — Zur Behandlung der Verlassenschaft eines Soldaten, welcher keinen bestimmten Wohnsitz gehabt, ist das Gericht seiner Heimath (des Wohnortes seiner Eltern) zuständig.

Ueber die Form der Eheverträge nach dem Ansbacher Statutarrechte, insbesondere wenn sie erbrechtliche Bestimmungen enthalten.

Nach dem Ansbacher Statutarrechte bedürfen die Eheverträge zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Errichtung nicht. Besonders gestattet schon die Amtsordnung v. J. 1608 Tit. XIII Abs. 1 ledigen Personen oder Wittvern und Wittwen ohne Kinder, „sich ihrer zeitlichen Güter halber zusammen zu heirathen auf Weis und Beding, wie ihnen gefällig“. Das Nämliche wiederholt die Verordnung v. 4. Aug. 1690, und in Ziff. 7 der Eheartikel v. 21. Febr. 1743 sind diese Verordnungen dahin erneuert, daß sich Personen ledigen Standes mit Niemanden im Winkel oder heimlich verloben, sondern, wenn keine Eltern oder nächste Anverwandte vorhanden, wenigstens zwei ehrliche Personen als Zeugen beigezogen und in deren Beisein Alles ehrlich und aufrichtig gehandelt werden solle. — Letztere Verordnung spricht zwar zunächst nur vom Verloben, hat aber damit jedenfalls die früheren Verordnungen, welche

auch das Vermögen der Eheleute im Auge haben, nicht aufgehoben. Auch ergibt sich aus den Schlussworten: „und (soll) in deren Beisein Alles ehrlich und aufrichtig gehandelt werden“ — mit Klarheit, daß auch bei der Erlassung dieser Verordnung der Gesetzgeber nicht an die Eheverlöbniße allein dachte, sondern auch die auf das Vermögen der künftigen Eheleute bezüglichen Feststellungen im Sinne hatte. So sagte auch der oberste Gerichtshof in mehreren in diesen Blättern mitgetheilten Erkenntnissen die angeführten statutarrechtlichen Bestimmungen auf (Bl. f. N. N. Bd. XX S. 359, und Bd. XXIX S. 78 und 92).

Die Anordnungen in Bezug auf das Vermögen der Eheleute können sich aber sowohl auf den einzuführenden Güterstand, das Heiraths- und Paraphernalgut beziehen, als auch auf die Sterbefälle und die sodann eintretende Vererbung des eingebrachten Vermögens. Es fragt sich nun, ob, wenn einem Ehevertrage auch solche erbrechtliche Bestimmungen einverleibt sind, bezüglich dieser die nämliche Form genügt, oder ob nach dem subsidiär in Anwendung kommenden preussischen Landrechte hiezu gerichtliche oder notarielle Errichtung erforderlich ist. Aus Folgendem dürfte hervorgehen, daß auch für diese Verträge die im Ansbacher Statutarrechte vorgeschriebene Form genügt.

Verabredungen auf den Todesfall sind keine ungewöhnlichen, sondern regelmäßige Bestandtheile der Eheverträge, deren Bestimmung ist, für alle Rechte, auf welche die Ehe einen Einfluß äußert, als Norm zu dienen, also insbesondere auch die Vererbung des beiderseitigen Vermögens der Eheleute zu reguliren, namentlich wenn ein anderer Erbgang stattfinden soll, als er durch das eheliche Verhältniß bedingt ist. Daher betrachtete man auch von jeher solche vertragmäßige Anordnungen als zu

Bei Ehepacten gehörig und bezeichnet mit diesen und ähnlichen Ausdrücken alle Vereinbarungen der Eheleute sowohl über ihre Vermögensrechte während der Ehe, als auch über ihre gegenseitigen Erbrechte bei eintretenden Todesfällen.

So lehrt Höpfner in seinen Institutionen des römischen Rechtes §. 133 in Bezug auf die *pacta dotalia*: „Ihre Gegenstände sind die Brautgabe, Paraphernalgüter, heut zu Tage sehr oft das Erbrecht der Ehegatten“, —

ferner Klapproth in seiner Monographie über die Verträge in §. 157: „Wenn nun in der Eheverabredung wegen der vorherührten Güter Alles gehörig bestimmt ist, so ist weiter die Erbfolge festzusetzen, welche heut zu Tage den Hauptpunkt der Ehe Stiftung ausmacht“, —

— und Thibaut in seinen Pandekten §. 369: „Die durch die Gesetze als Folgen der Ehe angeordneten Verhältnisse können durch Verträge in mannigfaltig geordnet und geändert werden; betreffen sie die dos, so werden sie *pacta dotalia* genannt, unter welchem Ausdrucke man jetzt auch die auf Erbschaften sich beziehenden Verträge begreift.“

Desgleichen bemerkt Kreittmayr in den Anmerkungen zum bayerischen Landrechte Th. I Kap. VI §. 293. 5: „Selten sind *pacta dotalia*, worin nicht ein so Anderes von der Eheleute oder ihrer Kinder künftiger Succession gehandelt wird,“

und Buhrens in Weiske's Rechts-Lex. Bd. 3 S. 603: „Als ein urdeutsches Institut ordnet der Ehevertrag vorzüglich die oft sehr ungewissen Verhältnisse der in Deutschland üblichen besonderen Vermögens- und Successions-Rechte der Eheleute.“

Deshalb bezeichnet derselbe auch a. a. O. Bd. 1 S. 46 den Ehevertrag als eine Unterart des Erbvertrages.

Ebenso spricht sich Gluck in seinem Pandektenkommentar Bd. 25 S. 334 flg. über den Begriff der Eheverträge dahin aus, daß es Verträge seien, welche das rechtliche Verhältniß bestimmen, das unter den Eheleuten sowohl während der Ehe als nach deren Wiederaufhebung stattfinden soll, und Ehepacten, Eheverordnungen, Ehestiftungen, Ehegebing u. genannt werden. „Der Hauptzweck,“ bemerkt er weiter, „woburch die deutschen Ehestiftungen von den römischen Dotalpacten sich unterscheiden, besteht aber darin, daß in denselben gewöhnlich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten festgesetzt wird; dieser Charakter ist den deutschen Ehepacten so eigenthümlich, daß man die unter den Eheleuten über die künftige Erbfolge derselben geschlossenen Verträge in recht eigentlichem Sinne Eheverträge — *pacta dotalia* — zu nennen pflegt.“

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Festsetzung der erbrechtlichen Verhältnisse der Eheleute in den Ehevertrag gehört. Es läßt sich nun nicht annehmen, daß in dem Gebiete der ehemaligen Markgrafschaft Ansbach die Eheverträge nicht die nämlichen Gegenstände umfaßt haben sollten, wie anderwärts, da der natürliche Zusammenhang derselben überall dazu drängte, sie gleichzeitig miteinander zu ordnen, und das Bedürfniß, dieses zu thun, zu jeder Zeit und an allen Orten das nämliche war.

Ferner ist die Annahme gerechtfertigt, daß in Uebereinstimmung mit der praktischen Entwicklung des Institutes der Eheverträge sich im Gebiete der genannten Markgrafschaft, wie andernwärts, der rechtliche Begriff der Eheverträge dahin fixirt hatte, daß sie Rechtsgeschäfte seien, durch welche die Vermögensrechte der Eheleute nicht nur, für die Dauer der Ehe, sondern auch über diese hinaus, daher auch insbesondere ihre Erbrechte geregelt und festgesetzt

zu werden pflegen, — und daß auch der Gesetzgeber bei Erlassung seiner Verordnungen über die Eheverträge von diesem rechtlichen Begriffe ausgegangen sei. Es darf daher, was er in Bezug auf die Eheverträge überhaupt und bezüglich ihrer Form besonders gesetzlich anordnete, nicht so verstanden werden, als ob er es nur auf einen bestimmten Theil ihres gewöhnlichen Inhaltes bezogen wissen wollte, auf einen anderen aber nicht, und er sich hierbei nur die Eheverträge über andere Gegenstände als die Erbrechte der Eheleute gedacht habe, nicht aber auch die Eheverträge, worin Brautleute zugleich ihre künftigen Erbrechte vertragsmäßig ordnen.

Dafür, daß der Gesetzgeber insbesondere auch an die Eheverträge dieser letzteren Art dachte, sprechen aber außer den oben angeführten auch noch folgende dem Statutarrechte selbst entnommene Gründe. Die oben allegirte Verordnung v. 4. Aug. 1690 bestimmt in Abs. 3 im Einklange mit der Amtzordnung v. J. 1608 Tit. 12 §. 1, daß, wenn zwei ledige Personen ohne sonderbare Beding, oder ohne Errichtung von Ehepакten, Eheberedungen oder Heirathsbriefen zusammenheirathen, die im Gesetze angeordnete Erbfolge eintreten solle. Da nun dieses nur geschehen soll, wenn keine Ehepакten u. errichtet wurden, — was nur so gemeint sein kann, wenn nicht durch einen Ehevertrag eine andere Successionsordnung festgesetzt wurde, — so ergibt sich hieraus mit Evidenz, daß sich der Gesetzgeber auch Vertragsbestimmungen über die Erbrechte der Eheleute als Inbegriff eines Ehevertrages dachte. Und wenn sodann die nämliche Verordnung in Abs. 5 weiter vorschreibt, daß, wenn die Eltern der Brautleute zu Gunsten der Ueberlebenden auf ihr Erbrecht verzichten wollen, dieses gerichtlich zu geschehen habe, so liegt hierin wieder die stillschweigende Aner-

kennung der Regel, daß außer diesem Falle eine obrigkeitliche Mitwirkung bei der Eingebung der Eheverträge nicht nothwendig sei.

Dieses Statutarrecht entstand unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes und enthält bezüglich der Form der Eheverträge nur eine Figirung und nähere Bestimmung dessen, was schon das gemeine Recht hierüber vorschreibt. Dieß aber erachtete, nachdem einmal die deutschrechtlichen Erbverträge als eine zulässige Vertragsgattung anerkannt waren, nun auch die Erstreckung der Eheverträge auf die erbrechtlichen Verhältnisse der Eheleute unbedingt für zulässig, ohne daß diese Verschmelzung auf Bezeichnung und Form der Eheverträge einen Einfluß äußerte, für welch' letztere immer die einfache Willenseinigung genügte. Die erbchaftlichen Verhältnisse bildeten einen neuen, dem römischen Rechte nicht bekannt gewesenen Gegenstand der Eheverträge.

Hielt es nun im Gebiete der Markgrafschaft Ansbach der Gesetzgeber für angemessen, diese gemeinrechtliche Regel, um mißdeutigen und irrigen Gesetzesanwendungen vorzubeugen, in einem besondern Gesetze den Unterthanen zum Bewußtsein zu bringen, und läßt sich weder aus dem Wortlaute des Gesetzes noch aus seinem Geiste noch aus den Umständen, unter denen es entstand, auf eine andere Absicht schließen, — so darf man wohl ohne Bedenken annehmen, daß der Gesetzgeber die gemeinrechtliche Regel vollständig so wiedergeben wollte, wie sie schon im gemeinen Rechte enthalten war, und daß daher, was er von den Eheverträgen im Allgemeinen anordnete, auf alle Eheverträge ohne Unterschied zu beziehen ist.

Hienach ergibt sich für das Ansbacher Statutarrecht die Regel:

daß Eheverträge jeder Art, sohin auch solche,

welche über die Successionsrechte der Eheleute Bestimmungen enthalten, einer weiseren Förmlichkeit als der oben angegebenen nicht bedürfen, es sei denn, daß einer der statutarrechtlichen Ausnahmefälle vorläge.

Von selbst versteht es sich nach Obigem, daß diese Vertragsform nach dem Ansbacher Statutarrechte insbesondere auch in dem Falle genügt, wenn, wie es häufig vorkommt, Eheleute sich für den Fall ihres kinderlosen Ablebens zwar gegenseitig als Erben einsetzen, oder es bei dem für diesen Fall ihnen statutarrechtlich zustehenden gegenseitigen Erbrechte belassen, aber zu Gunsten ihrer nächsten Verwandten einen s. g. Rückfall stipuliren. Daß eine solche Zuwendung an die Verwandten erbrechtlicher Natur ist, kann zwar nicht bezweifelt werden. Denn dieselbe ist nichts Anderes als ein vertragsmäßig festgesetztes Vermächtniß, welches der überlebende Ehegatte als Erbe des vorverstorbenen zu entrichten hat. Dieses Vermächtniß steht aber im innigsten Zusammenhange mit dem Erbrechte der Eheleute unter sich, indem es eine mit demselben verbundene Last bildet. Eine Rückfallbestimmung gehört daher ohne Zweifel unter die Vereinbarungen, welche die gegenseitigen Successionsrechte der Eheleute zum Gegenstande haben, und es hört demnach ein Ehevertrag, welcher eine solche Bestimmung enthält, mit dieser nicht auf, ein solcher zu sein, weil er mit derselben keinen ihm fremden, seinem Bereiche nicht angehörigen Gegenstand in sich aufnahm. Es ist daher auch eine solche Rückfallbestimmung gültig, wenn der Ehevertrag, in dem sie enthalten ist, nur in der in dem Statutarrechte vorgeschriebenen Form errichtet wurde.

.rt.

Nachschrift des Herausgebers. Wir ha-

von der vorstehenden Ausführung nur wenige, zustimmende Betrachtungen beizufügen.

Jeden Ehevertrag, der zugleich Bestimmungen über die künftigen Successionsfälle enthält, kann man in drei Theile zerlegen: das gegenseitige Versprechen, sich zu ehelichen, — die Bestimmungen über die Vermögensverhältnisse während der Ehe — und die Bestimmungen über das künftige Erbrecht. Diese drei scheinbar trennbaren Theile hängen aber unter sich so innig zusammen, daß eine wirkliche Trennung derselben mit Aufrechterhaltung nur zweier Theile und Vernichtung des dritten wegen Mangels der gesetzlichen Form den größten Bedenken unterliegt.

Jeder Praktiker weiß, welches hervorragende Gewicht bei den Eheverordnungen des Landvolkes und eines sehr großen Theiles der Städtebewohner den vermögensrechtlichen Bestimmungen beigelegt wird, — wie genau dabei die Vortheile, die dem einen und dem andern der kontrahirenden Theile zugehen, abgewogen werden und welche große Bedeutung bei der Abwägung dieser Vortheile gerade die Bestimmungen über die künftige Beerbung in den Augen der Kontrahenten haben. Sicherlich denkt da jeder der kontrahirenden Theile von den vermögensrechtlichen Bestimmungen, und zwar von denen für die Dauer der Ehe und von denen auf den Todesfall in ihrem Zusammenhange: *sint ut sunt, aut non sint!* Man wird aber fast noch weiter gehen und behaupten dürfen, daß $\frac{9}{10}$ der Ehen gar nicht zu Stande gekommen wären, wenn nicht gerade unter den wirklich verabredeten vermögensrechtlichen Bestimmungen, einschließlich der auf den Todesfall getroffenen. Unter solchen Verhältnissen muß aber offenbar das vermeintliche *summum jus* der Aufrechterhaltung eines Theiles des Vertrages un-

ter Vermittlung des anderen zur summa injuria werden.

Diese Betrachtungen können aber zugleich zur Bestärkung der im Obigen begründeten Auslegung der Ansbacher Verordnungen gelten. Denn sicher wurden im 17. und 18. Jahrhundert im Ansbachischen eben so häufig, als heute, erbrechtliche Bestimmungen in Eheverträgen getroffen, — sicher war auch damals so häufig als jetzt bei Eheverträgen das Hauptaugenmerk der Kontrahenten auf die Temporalien gerichtet. Sicher kann man daher auch annehmen, der Gesetzgeber habe über die Eheverträge mit Bestimmungen auf den Todesfall nichts Anderes verordnen wollen, als auf die ohne solche.

Man kann auch nicht sagen, dergleichen erbrechtliche Bestimmungen hätten im Verhältnisse zu den übrigen Bestandtheilen der Eheverträge eine so große Wichtigkeit, daß Ehepacten mit Verfügungen auf den Todesfall einer feierlicheren Form zu unterwerfen seien, als andere. Denn das Versprechen der Ehe an sich und die Bestimmungen über die Vermögensrechte während der Ehe haben schon einzeln, noch gewisser aber zusammen, mindestens die gleiche Wichtigkeit, wie die unbedeutenden vertragmäßigen Abänderungen am gesetzlichen Erb gange, wie sie in Eheverträgen vorzukommen pflegen. Ja, Dritten, welche sich mit einem der Ehegatten in Geschäfte einlassen, gegenüber haben die vermögensrechtlichen Bestimmungen für die Dauer der Ehe eine viel größere Wichtigkeit, als die auf den Todesfall.

Jedenfalls aber spricht für die in obiger Abhandlung vertheidigte Ansicht, daß bei ihrer Anwendung die Verträge nach dem vollen Willen der Kontrahenten aufrecht erhalten werden, während

nach der gegentheiligen ¹⁾ ein mit dem übrigen Inhalte des Vertrages so genau zusammenhängender Theil der getroffenen Vereinbarung aus Rücksicht auf die Vertragsform unerfüllt bleiben muß.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Wirkung einer mündlich erteilten, aber bereits vollzogenen Anweisung nach dem preussischen Landrechte.

Hierüber enthalten oberstrichterliche Entscheidungsgründe Nachstehendes:

Es handelt sich hier nur mehr darum, ob der dem Assignatar angeblich mündlich erteilten, vom Assignaten bereits angenommenen und vollzogenen Anweisung die Wirkung einer bereits abgemachten Sache, auch in Beziehung auf den Anweisenden, in der Art zuerkannt werden könne, daß die Schuld des Assignaten durch die erfolgte Zahlung an den Assignatar getilgt wurde, oder ob Kläger wegen Mangels der schriftlichen Ertheilung die Anweisung ungeachtet des bereits erfolgten Vollzuges derselben als ungiltig widerrufen und sein Forderungsrecht noch gegen den Beklagten geltend machen könne.

Mit Recht hat nun der Richter zweiter Instanz unter der Voraussetzung, daß Kläger seinem Sohne zur Vervollständigung des Heirathgutes desselben die eingeklagte Darlehensforderung wirklich

¹⁾ Vgl. hierüber unsere Blätter Bd. XXIX S. 91. Noch neuerlich (Erk. v. 5. Mai 1866 Nr. 619^{as}/aa) hat der oberste Gh. einen in einem außergerichtlichen Ehevertrage stipulirten Rückfall nach seinen Grundsätzen für wirkungslos erklärt.

überwiesen und Beklagter die Schuld in Folge dieser Anweisung vor der Klagestellung an den Sohn des Klägers bereits bezahlt hatte, die erste der obigen Alternativen bejaht und die letzte verneint.

Denn nach dem preuß. Landr. Thl. I Tit. 5 §. 146 kann, wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäftes der Mangel eines schriftlichen Vertrages, wenn solcher auch sonst zur Rechtswirksamkeit erforderlich gewesen wäre, nicht mehr vorgeschützt werden, und es ist durch Theorie und Praxis angenommen, daß diese Bestimmung nicht nur von dem Falle gilt, wenn der Vertrag auf der Stelle erfüllt worden, sondern daß überhaupt derjenige, welcher einen mündlich abgeschlossenen Vertrag seinerseits ganz erfüllt hat, diesen wegen Mangels schriftlicher Errichtung nicht mehr anfechten kann (Gräffe u. G. Erläut. d. Ergänzt. z. Pr. Vdr. I §. 210; Wielig Komm. des pr. Vdr. Bd. III §. 597; Daniels System des pr. Civ. R. I §. 160 Nr. 2; Striethorst XXXV 194); sowie, daß sowohl dieser §. als die folgenden §§. 147, 155, 156, 161 u. ff. dieses Titels mit ihren Konsequenzen gemäß Th. I Tit. 2 §. 7 auch auf persönliche, den beweglichen Sachen gleichgestellte Rechte Anwendung finden (Gräffe u. G. a. a. O. I §. 211 Nr. 4).

Hienach ist ein Rechtsgeschäft, welches bewegliche Sachen oder solche persönliche Rechte betrifft, wegen Mangels schriftlicher Errichtung nicht absolut nichtig, sondern bringt, wenn beide Theile es halten wollen, auch vollkommen beständige Rechtsverhältnisse hervor und kann, von beiden Theilen erfüllt, wegen Mangels schriftlicher Abfassung überhaupt nicht weiter angefochten werden (Wielig Komm. Bd. I §. 597, 602 u. 606; Gräffe a. a. O. Bd. I §. 169 u. 215).

Allerdings ist nun hier vom Kläger als Assignanten nichts gegeben und geleistet worden. Allein durch Th. I Tit. 16 §. 251 des pr. Landr. ist die Anweisung unter den Begriff eines Auftrages gestellt und nach Tit. 13 §. 85 verpflichtet das, was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, den Machtheber eben so, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre, und wer die Erfüllung eines Auftrages geschehen läßt, kann ihn nach der Erfüllung nicht mehr widerrufen, sondern muß das zufolge seines Auftrages vollzogene Geschäft gerade so gegen sich gelten lassen, als hätte er es selbst abgeschlossen, wenn auch der Auftrag nur mündlich erteilt war; vgl. §§. 82, 83, 91 u. 96, dann 149 u. 150 Tit. 13; Gräffe a. a. O. Bd. I S. 212 Nr. 6 und Bd. II S. 86 u. 88; Daniels a. a. O. Bd. I S. 187.

Wenn daher Kläger den Vollzug seiner Anweisung durch seinen Sohn vor sich gehen ließ, so ist anzunehmen, daß die Bezahlung vom Beklagten mit des Ersteren Einwilligung erfolgt sei, und kann dieser die bereits vollzogene Anweisung nicht nachträglich widerrufen oder als ungiltig anfechten.

Ferner ist in dem Falle, daß Kläger seinen Sohn, wie angegeben, an den Beklagten angewiesen und dieser in Folge dessen an den Sohn bezahlt hat, gemäß Landr. Th. I Tit. 16 §. 262 anzunehmen, daß der Sohn des Klägers den Beklagten zu seinem Schuldner angenommen habe und daß die Bezahlung der angewiesenen Schuld die Stelle einer Angabe an Zahlungsstatt vertrat. Die ferneren Verhältnisse zwischen dem Kläger als Anweisenden und dem Angewiesenen sind nun gemäß §. 263 dieses Titels nach eben den Grundsätzen, wie zwischen dem Cedenten und Cessionar, zu beurtheilen.

Wenn nun auch nach pr. Vdr. Th. I Tit. 11 §. 395 der Schuldner nur einem solchen Cessionar mit Sicherheit zahlen kann, welcher sich durch den Besitz des Instrumentes oder einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt, so muß doch Sedent nach §. 398 dieses Titels die Zahlung auch dann wider sich gelten lassen, wenn die von ihm an den Empfänger wirklich geleistete Cession auch nur auf andere Art erwiesen werden kann.

Hiedurch erweist sich der von Bielik in seinem Commentare Bd. III S. 628 Nr. 3 ausgesprochene Satz: daß, wenn die Anweisung auch nur mündlich geschehen, ihr jedoch vom Assignaten Genüge geleistet worden, der Anweisende doch dieselbe anerkennen muß und wegen der angewiesenen Schuld keinen Anspruch mehr an den Assignaten machen kann, den gesetzlichen Bestimmungen ganz konform.

DAÖGrf. v. 20. April 1866 Nr. 483^{65/66}.
77.

2.

Dienstverhältniß der Actuare an den vormaligen Patrimonialgerichten.

Das Dienstverhältniß eines Actuars an einem vormaligen Patrimonialgerichte, welcher sich auf ein förmliches, von der Guts herrschaft ausgegangenes Anstellungsbefret nicht berufen konnte, sondern die Lebenslänglichkeit seiner Anstellung nur daraus ableitete, daß ihn das Amt des Actuars von dem Patrimonialrichter ohne Erwähnung einer Aufhebbarkeit desselben übertragen und ein Theil des Gehaltes aus der gutherrlichen Kasse bezahlt wurde, — ist in Berücksichtigung der §§. 42 und 56 der VI. Teil. zur EU. nicht als ein stabiles anerkannt worden.

DAÖGrf. v. 17. März 1866 Nr. 442^{65/66}.
77.

Zum bayerischen Landrechte Th. I Kap. X §. 7 Nr. 1.

Die S. 129 ff. dieses Bandes der Bl. f. M. aufgestellte Auslegung obiger Stelle des bayerischen Landrechtes ist auch vom obersten Gerichtshofe als die richtige angenommen worden.

Das. v. 20. März 1866 Nr. 1111^{64/65}. 77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

OLXXII.

Zur Behandlung der Verlassenschaft eines Soldaten, welcher keinen bestimmten Wohnsitz gehabt, ist das Gericht seiner Heimath (des Wohnortes seiner Eltern) zuständig.

Joseph S., Korporal der Garnisonkampagne Nymphenburg, als Equipagenaufseher nach Ingolstadt kommandirt, war in letztgenannter Stadt am 7. Febr. 1865 gestorben.

Zwischen dem k. Stadt- und Landgerichte Ingolstadt, in dessen Gebiet der Tod des Erblassers erfolgt war, dem k. Landgerichte München i/S., in dessen Sprengel der Garnisonsort Nymphenburg gelegen ist, und dem k. Landgerichte Traunstein, an welchem Orte die Eltern des Verlebten gewohnt hatten, war wegen Behandlung der Verlassenschaft ein verneinender Kompetenzkonflikt entstanden, der vom obersten Gerichtshofe für die Zuständigkeit des k. Landgerichtes Traunstein entschieden wurde.

Dem Ausspruche sind folgende Gründe beige-
fügt:

Es ist ein unbestrittener Satz, daß zur Be-
handlung der Verlassenschaft einer Person jenes Ge-
richt zuständig ist, in dessen Bezirk der Verlebte
sein Domizil gehabt hat.

Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß
Soldaten und Unteroffiziere ihr Domizil nicht am
Orte ihrer Garnison haben, sondern an jenem Orte
beibehalten, wo sie es vor ihrem Eintritte in den
Militärdienst gehabt haben, — also, im Falle sie vor-
her noch kein selbstständiges Domizil begründet hatten,
an dem Orte, wo ihre Eltern es gehabt hatten.
Es ergibt sich dies aus der Natur ihres dienstlichen
Verhältnisses, wonach die Garnison nicht als blei-
bender Aufenthaltsort erachtet werden kann. Dieser
Satz hat in der Verordnung vom 11. Juni 1816,
die in Civilsachen gegen Militärpersonen anzuwen-
denden Gesetze betr.,¹⁾ seine Anwendung gefunden,
indem dort in Abs. II Ziff. 1. auf dem Grunde
desselben in Ansehung der persönlichen Klagen gegen
Soldaten und Unteroffiziere, welche nach den Ge-
setzen des Wohnsitzes zu entscheiden sind, bestimmt
wurde, daß die Gesetze des Ortes anzuwenden seien,
wo sie vor dem Eintritte in den Kriegsdienst ihren
Wohnsitz gehabt hätten.

Auf derselben Grundlage beruht die Bestimmung
des §. 9 Abs. 3 des Gesetzes vom 15. August
1828 über die Militärgerichtsbarkeit bezüglich der
Zuständigkeit für Verlassenschaften im Felde verstor-
bener Militärpersonen, welche keinen bestimmten
Wohnort haben; gerade diese Ausnahme läßt die
Regel, daß der Garnisonsort nicht die Eigenschaft
eines Domizils habe, erkennen und ebenso die Be-

¹⁾ Reg.-Bl. v. 1816 G. 287 ff.

stimmung des §. 3. desselben Gesetzes, welche zwischen den Gerichten des Wohnortes und des Garnisonsortes unterscheidet.

Auf dem Grunde derselben Normen wurde schon in einem früheren Kompetenzkonflikte über die Behandlung der Verlassenschaft eines Soldaten entschieden, daß hiesür nicht das Gericht des Garnisonsortes, sondern das Gericht, wo die Eltern des Soldaten ihren Wohnsitz gehabt hatten, zuständig sei. (Vgl. das Gef. v. 30. Nov. 1837, veröffentlicht durch Ausschreiben des k. Appellationsgerichtes von Oberbayern im Kreisintelligenzblatte für 1838 S. 445.)

Die im Schreiben des k. Landgerichtes Traunstein vom 14. Juni 1865 geäußerte Ansicht, daß der Defunkt jedenfalls durch freie Wahl, d. h. durch freien Eintritt in die Garnisonstompagnie ein anderes Domizil — an dem Orte seiner Garnison — erworben habe, ist irrig, da es für den Gerichtsstand der Soldaten ganz gleich ist, ob sie aus freier Wahl in ein bestimmtes Corps oder überhaupt in das Heer eingetreten sind, oder nicht.

Es haben sich nun durch die bisher gepflogenen Recherchen genügende Anhaltspunkte für die Annahme ergeben, daß der Erblasser E. in Traunstein geboren worden sei, wo seine Eltern als Tagelöhner lebten. —

Hienach war, wie gesehen, zu erkennen.

E. d. OGS. v. 13. Okt. 1865 UB. Nr. 39.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handels- sachen, hier insbesondere über das Verhältniß der erb- schaftlichen Liquidation zur handelsgerichtlichen Einzel- streitsache. — Benützung des Wassers der Privatflüsse. Erwerb darauf be- züglicher Servituten. — Zum §. 23 des Hypothekengesetz.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Erben in Beziehung auf Schuldverbindlichkeiten des Erblassers aus Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und in Handels- sachen, hier insbesondere über das Verhältniß der erb- schaftlichen Liquidation zur handelsgerichtlichen Einzel- streitsache.

Mitgetheilt von Herrn Handelsgerichtsrath Hauser.

Die Betrachtungen, welche wir im laufenden Bande dieser Blätter¹⁾ über die Haftung der Erben für Wechsel- und Handelsschulden des Erblassers angestellt haben, müssen wir im Nachstehenden zum Abschlusse bringen durch Besprechung des Einflusses, welchen der eine erb- schaftliche Liquidation veran- lassende Einwand des Benefizialerben auf die han- delsgerichtliche Streitsache hervorbringt, in welcher derselbe erhoben wurde.

Gemäß der oben S. 209 ff. erörterten Vor- schriften der Augsburger Wechselordnung Kap. X

¹⁾ S. oben S. 33 ff. u. 49 ff., — S. 97 ff., — S. 209 ff., 225 ff. u. 241 ff.

§. 12 und der Kurpfalz-bayerischen Wechsel- und zugleich Wechsel- und Merkantilerichts-Ordnung §. 21 hat die Vollstreckung gegen Benefizialerben überhaupt nicht durch das Handelsgericht zu geschehen. Mit dem Urtheile ist das Verfahren vor dem Handelsgerichte abgeschlossen und „muß die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden“. Nimmt man nun an, daß diese Vorschrift in dem Punkte der Gerichtsbarkeit durch das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche die besprochene Aenderung erlitten habe, so kann das eben bezeichnete Verfahren nur in dem Falle noch in Anwendung kommen, wenn der Benefizialerbe eine die erbchaftliche Liquidation veranlassende Vollstreckungsbeinrede vorbringt. In diesem Falle ist auch nach gegenwärtigem Rechte das Verfahren vor dem Handelsgerichte mit dem Urtheile abgeschlossen und muß „die Sache“ auf den Einwand des Benefizialerben im Falle der Begründung an das ordentliche Civilgericht „verwiesen“ werden.

Demgemäß kommt es dem Kläger zu, bei diesem Gerichte seine Befriedigung aus dem Nachlasse nach Einleitung eines erbchaftlichen Liquidationsverfahrens zu dem hierdurch zu ermittelnden Betrage zu beantragen.

Nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen kann jedoch auch dem Benefizialerben selbst die Befugniß nicht abgesprochen werden, die Einleitung eines erbchaftlichen Liquidationsverfahrens zu beantragen.

Hiefür entscheidet das rechtliche Interesse, welches auf Seite des Erben besteht, wenn Gläubiger Befriedigung verlangen, die er ohne eigene Haftung wegen Unzulänglichkeit oder Ungewißheit der Zulänglichkeit des Nachlasses nicht gewähren kann. Aus diesem Grunde steht dem Benefizialerben schon vor einer gerichtlichen Belangung,

folglich auch anlässlich einer Klage vor oder nach dem Urtheile jene Befugniß zu.

Für das Nürnberger Wechsel- und Handelsprozeßrecht, welches keine besonderen Bestimmungen in Betreff der Erben enthält, sind lediglich die allgemeinen Rechtsgrundsätze maßgebend. Daher ist es hier Sache des beklagten Benefizialerben, welcher die Vollstreckungseinrede geltend macht, die Einleitung eines erbchaftlichen Liquidationsverfahrens bei dem ordentlichen Civilgerichte zu beantragen. Dabei ist demselben eine kurze Frist zu dieser Antragstellung bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung seines Einwandes vorzusetzen.

Das preussische Recht behandelt die erbchaftliche Liquidation sehr ausführlich. Nach demselben kann das erbchaftliche Liquidationsverfahren nur auf Antrag des Benefizialerben eröffnet werden (Ger.-Ordn. Th. I Tit. 51 §§. 59, 58, 53; Landr. Th. II Tit. 8 §. 897). Wenn jedoch der Erbe, ohne den Antrag zu stellen, gegen Erbschaftsgläubiger und die von solchen nachgesuchte Exekution sich durch den Einwand der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses schützen will, muß ihm eine Frist, während welcher er die Eröffnung des Liquidationsverfahrens nachzusuchen hat, bei Vermeidung des Verlustes der Rechtswohlthat bestimmt werden (Ger.-Ordn. a. a. O. §. 59).

Nach preussischem Rechte wird die Exekution durch den ordnungsmäßigen Antrag des Benefizialerben auf Eröffnung des Liquidationsverfahrens gehemmt (Ger.-Ordn. a. a. O. §. 61).

Gemäß der Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 und der churpfälzbayerischen Wechsel- und zugleich Wechsel- und Merfantil-Gerichts-Ordnung §. 21 muß das Vorbringen einer die erbchaftliche Liquidation bewirkenden Einrede die Exekution hemmen. Denn weil die nach heutigem Rechte noch in

Anwendung kommende Vorschrift die Verweisung der „Sache“ an das ordentliche Civilgericht anordnet, hat sich das Handelsgericht auf erfolgte Verweisung überhaupt nicht weiter mit der Sache zu befassen.

Eine besondere Prozeßvorschrift mangelt hierüber nach Nürnberger Recht und bezüglich der Handelsfachen in den Landestheilen, für welche besondere Handelsgerichtsordnungen und die preußische Gerichtsordnung über das erbchaftliche Liquidationsverfahren nicht gelten. Hier muß also zur Hemmung der Exekution der im Verfahren für Wechsel- und Handelsfachen, beziehungsweise im Stadium der Vollstreckung erforderliche Nachweis der Einrede von Seite des beklagten Benefizialerben verlangt werden. Dazu ist aber nicht der Nachweis der Größe der Erbschaft und des den Kläger treffenden Antheiles nothwendig; dies gehört in das Liquidationsverfahren. Vielmehr muß in Erwägung, daß außer dem Dasein der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses schon die Ungewißheit der Zulänglichkeit des Nachlasses zur Deckung des Klagsanspruches und der übrigen demselben im Range vorgehenden Ansprüche die Vollstreckungseinrede begründet, eine Darlegung dieser Ungewißheit genügen. Letztere kann aber ihrem Wesen nach durch einfache Bescheinigungsmittel, namentlich durch das aufgenommene Erbverzeichnis, äußersten Falles auf Verlangen des Klägers durch die eidliche Befräftigung desselben (Offenbarungseid) dargethan werden.

Eine andere Auffassung liegt der oben gedachten handelsappellationsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde. In den Gründen derselben wurde nämlich geltend gemacht, daß es Sache des Benefizialerben sei, entweder die Konkursöffnung zu beantragen oder, sofern er dies nicht wolle, in Form einer Ein-

rede gegen den auf Befriedigung dringenden Gläubiger nachzuweisen, wie hoch sich der Aktiv- und Passivstand berechne und wieviel demnach den Gläubiger treffe, und daß der Erbe im Falle dieses Nachweises die Exekution zu hindern vermöge.

Allein so weit die Einrede nur die Hemmung der Exekution bezieht, geht dieser Nachweis zu weit, weil schon die Ungewißheit der Zulänglichkeit des Nachlasses entscheidet.

Andererseits reicht aber derselbe zu einer den Benefizialerben sichernden Ermittlung des Betrages, welcher den klagenden Gläubiger trifft, nicht aus. Denn die Beschränkung des Nachweises der Erbschaftsgröße und der Festsetzung des Ranges auf das Verhältniß zwischen dem Benefizialerben und dem Kläger präjudizirt den übrigen nicht beigeladenen Gläubigern keinesweges. Der Benefizialerbe ist daher durch derartige Sonderverhandlungen gegen einen anderen Gläubiger, welcher einen besseren als den ohne sein Gehör angenommenen Rang anspricht oder einen höheren als den ohne seine Beiladung ermittelten Erbschaftsbetrag behauptet, nicht sicher gestellt. Soll eine erbchaftliche Liquidation ihren Zweck für den Benefizialerben erfüllen, so muß die Verhandlung auf die Ansprüche der übrigen Betheiligten ausgedehnt werden. Zu dieser Verhandlung hat aber, wie nachgewiesen wurde, das Handelsgericht keine Gerichtsbarkeit. —

Die Beschlagnahme des Nachlasses als Sicherungsmaßregel ist durch die Vollstreckungseinrede des Benefizialerben nicht ausgeschlossen. Die Zulässigkeit richtet sich zunächst nach den besonderen Vorschriften.

Nach der Augsburger Wechselordnung Kap. X §. 12 ist die Beschlagnahme schon zulässig, wenn der Erbe die Zahlung des Wechsels verweigert. Die

preussische Ger.:Ordn., Th. I Tit. 51 §. 72, läßt dagegen den Realarrest nur zu, wenn derselbe nach Beschaffenheit der Forderung gegen den Erblasser selbst begründet gewesen wäre. Nach Umständen kann jedoch zur Sicherstellung der Masse dem Erben auf Antrag der Gläubiger die Verwaltung abgenommen und einem gerichtlich bestellten Kurator übertragen werden (§§. 70, 71 u. 81 a. a. O.).

In Ermangelung besonderer Vorschriften über die Beschlagnahme der Erbmasse sind die in den Wechsel- und Handels-Gerichtsordnungen enthaltenen Vorschriften, außerdem die Bestimmungen der bayerischen Gerichtsordnung über den Sicherheitsarrest überhaupt maßgebend.

Nach dem geltenden Rechte kann das Liquidationsverfahren nur dann in ein Konkursverfahren übergehen, wenn die Eröffnung desselben von einem Betheiligten verlangt wird (Ges. v. 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Ger.:Verf. und das gerichtl. Verfahren betr., Art. 16). Daher nimmt das erstere seinen Fortgang, so lange ein solches Begehren nicht gestellt ist, mag die Zulänglichkeit des Nachlasses ungewiß sein oder die Unzulänglichkeit desselben feststehen.

Ist in dem Liquidationsverfahren der Betrag der erbenschaftlichen Masse und die Rangordnung unter den Erbschaftsgläubigern endgiltig festgestellt, so hat der Erbe, welchem das Verwaltungsrecht bis zu einer Konkursöffnung oder gerichtlichen Entziehung der Verwaltung zusteht, die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe des Liquidationserkenntnisses zu bewirken.

Findet eine freiwillige Befriedigung von Seite des Erben nicht statt, und verlangen daher die Gläubiger gerichtliche Vollstreckung, so muß dieselbe auf Grund des Liquidationserkenntnisses stattfinden. Daraus ergibt sich, daß das Liquidat-

tionsgericht die Vollstreckung vorzunehmen hat, — ohne Unterschied, ob zur Zeit des Vollstreckungsantrages die Masse für zulänglich erachtet werden kann oder nicht. Ist eine Unzulänglichkeit gegeben oder ergibt sich dieselbe im Verlaufe der Vollstreckungsmaßregeln, so hat das Liquidationsgericht die Vertheilung der Masse nach der festgestellten Rangordnung zu bethätigen.

Demgemäß kann nach Einleitung eines erb-schaftlichen Liquidationsverfahrens die Einzelsache, in welcher der beklagte Benefizialerbe die Einrede geltend gemacht hat, zur Vollstreckung nicht mehr an das Gericht, bei welchem die Einzelsache anhängig war (an das Handelsgericht) zurückkommen.

Vergleicht man schließlich noch die Bestimmungen, welche der bayerische Entwurf eines Einführungsgesetzes zur Prozeßordnung über die erb-schaftliche Liquidation für die Landesstette des preussischen Rechtes enthält, so sind für den vorwürfigen Gegenstand folgende Punkte von Erheblichkeit.

Der Benefizialerbe kann auf Eröffnung des erb-schaftlichen Liquidationsprozesses antragen, wenn sich weder aus dem Inventar die Unzulänglichkeit des Vermögens ergibt, noch die Verwaltung des Nachlasses an die Gläubiger abgetreten oder dem Erben entzogen worden ist²⁾.

²⁾ In diesen Fällen ist die Ganteröffnung von Amtswegen oder auf Antrag des Staatsanwaltes zu verfügen (Entw. des Einf.-Ges. Art. 59). Allgemein ist die Ganteröffnung von Amtswegen angeordnet, wenn im Falle der Erbschaftsantrittung mit der Wohlthat des Inventars aus dem aufgenommenen Vermögensverzeichnis die Unzulänglichkeit des Vermögens zur Bezahlung der darauf haftenden Schulden sich ergibt (Entw. der Proz.-Ordn. Art. 1021).

Wenn er den Antrag nicht stellt, während er sich durch die Rechtswohlthat gegen Erbschaftsgläubiger und die von ihnen nachgesuchte Exekution schützen will, kann er durch die Gläubiger dazu angehalten werden, welchen Falles ihr Begehren bei dem Gerichte, bei welchem der Rechtsstreit anhängig, zu erheben ist.

Der dem Erben anzubrohende Rechtsnachtheil, soferne das Begehren sich als begründet darstellt, besteht in dem Verluste der Rechtswohlthat (Art. 61).

Auch wenn sich während des Liquidationsverfahrens eine Unzulänglichkeit des Nachlasses zeigt, ist die Ganteröffnung und zwar von dem Bezirksamte zu verfügen (Art. 63 Abs. II).

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Benützung des Wassers der Privatflüsse. Erwerb darauf bezüglicher Servituten.

Bgl. Bb. XV S. 193 ff. u. 209 ff.; Bb. XXX S. 300 ff.

Oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir hierüber Nachstehendes:

Das in Frage stehende Wasser ist zwar nicht eine auf dem Grundstücke des Beklagten entspringende Quelle oder ein sich daselbst natürlich sammelndes Wasser, sondern ein förmlicher Bach im Sinne des Art. 39 des Wasserbenützungsgesetzes vom 28. Mai 1852, weil dasselbe auf einem weiter ober seinem Eigenthume liegenden Grunde eines Anderen entspringt, und von da ab neben den Grundstücken verschiedener Eigenthümer vorbei bis zum Eigenthum des Beklagten und von da noch weiter einen regel-

mäßigen Lauf und ein besonderes Minnsal hat, sohin nicht als Quellwasser nach Maßgabe des Art. 33 jenes Gesetzes anzusehen ist. Allein auch bei Privatflüssen und Bächen steht den Ufereigenthümern in Gemäßheit des Art. 39 Abs. 2 und Art. 54 kein uneingeschränktes Recht der Benützung des an ihrem Eigenthume oder über dasselbe fließenden Wassers zu; namentlich darf der Ufereigenthümer den Lauf des Wassers nicht in der Art verändern, daß es nicht mehr seinen Abfluß in sein ursprüngliches Bett nimmt (Art. 54 Abs. 1 Nr. 2), wenn nicht durch Lokalverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung eine Ausnahme begründet ist.

Indessen ist der Eigenthümer angränzender Grundstücke vermöge des Gesetzes vollkommen berechtigt, das vorbeifließende Wasser zu seinem Nutzen zu verwenden¹⁾, so weit er nicht durch die Bestimmungen des Art. 39 Abs. 2 und des Art. 54 Abs. 1 Nr. 2 oder durch besonderen Rechtstitel daran gehindert ist.

In der Klage wird nun von Seite des Klägers behauptet, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, seine am Sandweiher angränzende Wiese mit dem in diesen Sandweiher, welcher ihm ebenfalls angehört, abfließenden Wasser zu bewässern, und demgemäß gebeten, ihm diese Wässerung zu verbieten, besonders da hiedurch das Wasser von seinem ursprünglichen Bette abgeleitet werde.

Abgesehen nun von der Frage, ob der Kläger überhaupt nach der Vorschrift des Art. 39 des allg. g. Ges. als Ufereigenthümer des fraglichen Baches vor seiner Einmündung in die weiter unten sich bildenden größeren Bäche angesehen werden könne, und daher berechtigt sei, ein Miteigen-

¹⁾ S. die folgende Note.

thum²⁾ jenes oberhalb fließenden Baches in Anspruch zu nehmen; dann ob der Beklagte das fragliche Wasser in seine angränzende Wiese vermöge jenes Gesetzes zur Wässerung derselben ableiten, und so dem Bache eine andere Richtung geben dürfe; endlich ob diese Fragen, so weit sie lediglich nach dem mehrerwähnten Gesetze zu beurtheilen sind, zum Wirkungskreise der Gerichte oder der Verwalt-

- 2) Soferne oben vor Note 1 von einem bloßen Benützungsrechte des Ufereigenthümers die Rede ist, hier und weiter unten von einem Miteigenthume dann auch von einem Gesamteigenthume am Bache gesprochen wird, ist die Ausdrucksweise dem Gesetze nicht ganz entsprechend. Denn dieses schreibt an Privatflüssen dem Ufereigenthümer nicht ein bloßes Benützungsrecht, sondern das Eigenthum (dann aber natürlich auch nach dem Begriffe des Eigenthums das daraus fließende Benützungsrecht) an der der Uferlänge seiner Grundstücke entsprechenden Strecke des Flusses zu, wie sich aus den Worten des Art. 39 Abs. 1: „Zubehör der Grundstücke“ — und Abs. 3: „so bildet die . . . Linie die Eigenthumsgrenze“, — hervorgeht. Dieses Eigenthum ist zwar verschiedenen Beschränkungen unterworfen, und dem Eigenthümer sind im öffentlichen Interesse verschiedene Verpflichtungen aufgelegt. Allein hiedurch verliert es den Charakter des Eigenthums so wenig, als das Grundeigenthum überhaupt durch die gesetzlichen Beschränkungen desselben und durch die den Grundeigenthümern obliegenden öffentlichrechtlichen Verpflichtungen seinen Eigenthumscharakter verliert. — Jenes Eigenthum ist aber Sondereigenthum an der betreffenden Flussstrecke (vgl. Art. 54 Abs. 1 Nr. 2), nicht Miteigenthum oder Gesamteigenthum am (ganzen) Flusse oder Bache. Vergl. hierüber die Erläuterung Böhl's zu Art. 39 des Wasserbenützungsgesetzes in v. Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern Th. I Bd. II S. 163 ff., insbesondere S. 166.

St.

ungsorgane kompetiren, — hat der Kläger sich in der Klage lediglich auf civilrechtliche Titel berufen, um darzuthun, daß er der ausschließende Eigenthümer des fraglichen Baches sei, oder ihm doch eine Servitut zustehe, vermöge deren er das Wasser dieses Baches allein mit Ausschluß der anderen Uferbesitzer und namentlich des Beklagten und seiner Eigenthumsvorgänger benützen dürfe.

Von diesen beiden Gesichtspunkten aus allein wird die Wässerungsbefugniß des Beklagten bestritten, und es kommt hiernach im vorliegenden Rechtsstreite und namentlich in Gemäßheit des allein entscheidenden Petitums der Klage auf die spezielle Frage, ob der Beklagte überhaupt und insbesondere dem Kläger als einem Ufereigenthümer an einem entfernteren Flusse gegenüber berechtigt sei, dem fraglichen Bache zum Zwecke der ihm nach dem Gesetze zustehenden Benützung des Wassers eine vom Abflusse in das ursprüngliche Bett ableitende Richtung zu geben, nicht weiter an. In dieser Beziehung steht dem Kläger die Verfolgung seiner etwaigen Ansprüche in Gemäßheit des Art. 54 Abs. 2 bei der kompetenten Behörde jederzeit offen.

Was nun den in der Klage geltend gemachten Titel des Eigenthums des fraglichen Baches betrifft, so kann zwar nach Art. 40 des allegirten Gesetzes ein Dritter aus besonderen Rechtsverhältnissen ein ausschließendes Eigenthum eines Privatflusses haben; allein wenn es sich, wie im gegebenen Falle, um den Erwerbstitel eines solchen Eigenthums durch Usufapion handelt, so müssen solche Besitzhandlungen behauptet werden, welche ausschließend den Charakter der Eigenthumsbenützung an sich tragen. Solche Besitzhandlungen hat nun aber der Kläger offenbar nicht angeführt.

Da der Beklagte sowohl nach dem früher geltenden gemeinen Rechte (Anmerkungen zum bayer.

Landrechte Th. II Kap. I §. 5 Nr. 4 lit. 1; Seuffert's Lehrb. des pract. Pand.-Rechts §. 57 Note 8) als auch nach dem Wasserbenützungsgesetze vom 28. Mai 1852 Art. 39 Miteigenthümer des fraglichen Baches ist, so konnte ein ausschließendes Eigenthum des Klägers nur in der Weise entstehen, daß das Miteigenthum des Beklagten ganz erloschen und auf den Kläger übergegangen wäre, sohin sich das Gesamteigenthum in seiner Person vereinigt hätte.

Wenn nun Kläger sich lediglich darauf beruft, daß er seit vielen Jahren das fragliche Wasser allein benützte, und das Bett des Baches reinigte, so folgt aus dem ersten Umstande nur, daß der Beklagte beziehungsweise seine Besitzvorfahren von ihrem Mitbenützungsrechte keinen Gebrauch machten, wodurch aber ihr Eigenthum am Bache selbst offenbar nicht verloren ging; der andere Umstand deutet aber entschieden nicht auf ein Alleineigenthum, da auch der bloße Miteigenthümer solche Handlungen vornehmen kann.

Hiernach können alle in der Klage vorgebrachten Besitzes-Handlungen nur als solche angesehen werden, welche im Falle des Vorhandenseins der übrigen gesetzlichen Erfordernisse für den Erwerb einer Servitut ein Recht für den Kläger begründen würden, den Beklagten an der Mitbenützung des Baches durch Bewässerung seiner angrenzenden Wiese zu hindern.

Eine solche Servitut wäre nun allerdings nicht ausgeschlossen, was aus Art. 54 Abs. 1 mit voller Evidenz hervorgeht; auch würde dem Erwerbe einer solchen vor dem Erscheinen des Gesetzes vom Jahre 1852 nicht entgegenstehen, daß die beiderseitigen Grundstücke nicht angrenzen, weil das erwähnte Gesetz im Art. 54 jede Abweichung von den Rechtsverhältnissen, wie sie in diesem Artikel festgesetzt sind, ohne Unterschied auf die Lage der theilhaftigen Grund-

stücke³⁾ durch Verjährung entstehen läßt, und auch die bereits vor dem Eintritte der Wirksamkeit jenes Gesetzes auf solche Weise entstandenen Abweichungen anerkennt. Allein der Kläger, welcher den speziellen Rechtstitel seines angeblichen Servitutenerwerbes angeführt hat, und sich daher auch die Prüfung desselben gefallen lassen muß, hat keine solche Thatfachen behauptet, durch welche eine Servitut der vorliegenden Art durch Verjährung erworben wird.

Daraus, daß Beflagter vor der Ableitung der Quelle das Wasser stets abfließen ließ und dasselbe hiedurch in die verschiedenen Bäche, sohin auch in jenen Bach gelangte, wo sich das Triebwerk des Klägers befindet, — ist diesem und beziehungsweise seinen Rechtsvorgängern keine solche Servitut erworben worden. Denn die Ausübung eines Jemanden zustehenden Rechtes ist eine *res merae facultatis*, und diese Befugniß geht nicht durch bloße Unterlassung der Ausübung, selbst seit unvordenklicher Zeit, sondern dadurch verloren, daß ein dritter ein Verbotungsrecht durch Verjährung erlangt (Weber zu Höpfner's Kommentar §. 400 Note 3;

³⁾ Die Verbindung der an den Flußufern liegenden Grundstücke durch den Lauf des Flusses bewirkt hier eine *Vicinitas* der höher liegenden mit allen tiefer liegenden Grundstücken. Schon gemeinrechtlich bedeutet *Vicinitas* nicht ein Angränzen der Grundstücke, sondern nur „ein solches räumliches Verhältniß zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke, daß das eine zu den Zwecken des anderen benützt werden kann“ (Windscheid, Pand.-R. §. 209 Nr. 4; vgl. Seuffert, Pand.-R. §. 162 Nr. 1 u. Note 3, dann von Bangerow, Pand. §. 340 Anm. 1 Nr. 2). Ein solches Verhältniß ist bei Servituten, wie sie hier in Frage stehen, durch den Zufluß des Wassers vom höheren Grundstücke zum tiefer liegenden hergestellt.

Seuffert's Lehrb. der Pand. §. 68 Abs. 3; dessen Archiv Bd. X, Nr. 261). Ein Verbotungsrecht wird aber durch Verjährung nur dann erworben, wenn ein Dritter dem Berechtigten die Ausübung verbietet und dieser innerhalb der Verjährungszeit diese Ausübung unterläßt.

Zwar wurde in der Klage behauptet, daß Kläger und seine Besitzvorfahren von jeher das Wasser des Mothenbachs und aller seiner Quellen benützt, und keine Benützung von anderer Seite geduldet hätten. Allein diese Behauptung enthält offenbar nicht die Behauptung eines Verbotungsrechtes. Denn es ist nicht genug, wenn der Eigenthümer eines Baches das Wasser abfließen läßt, sondern es muß ihm die anderweitige Benützung untersagt worden sein, und er sich innerhalb 10 Jahren dabei beruhigt haben.

Die Angabe, der Kläger und seine Besitzvorfahren hätten die Benützung des Wassers von anderer Seite nicht geduldet, ist aber ungenügend, weil nicht näher angegeben ist, was in dieser Richtung von ihnen vorgenommen wurde, und ob sich die Berechtigten und wie lange hiebei beruhigt haben.

Wenn nun aber vom Kläger weiter behauptet wird, er und seine Besitzvorfahren hätten seit 40, 30, 20 oder doch 10 Jahren ruhig und fehlerfrei die Benützung des hier in Frage stehenden Wassers mit Wissen und Duldung der Besitzer der anliegenden Grundstücke, insbesondere des Beklagten und seiner Besitzvorfahren ausgeübt, so ist diese Behauptung entschieden ungenügend.

Denn wenn diese Benützung nicht auf dem Grunde eines an den Beklagten und beziehungsweise seine Vorbesitzer ergangenen Verbotes, den Abfluß des Baches zu hindern, geschehen ist, so hat nach obiger Ausführung die Benützung des Baches nur in Folge der Thatsache stattgefunden, daß der Be-

klagte und seine Besitzvorfahren das Wasser abfließen ließen, und von ihrem Rechte der Mitbenützung keinen Gebrauch machten.

Diese Thatfache ist aber, wie oben gezeigt wurde, nicht geeignet, eine Servitut zu Gunsten des Klägers dahin zu begründen, daß der Beklagte nun nicht mehr berechtigt sei, von der ihm nach Art. 54 des Wassergesetzes zustehenden Befugniß Gebrauch zu machen, da ihm die bloße Unterlassung dieser Befugniß nicht zum Nachtheile gereichen konnte.

Nur wenn ein Dritter durch positive Handlungen in die Rechtsbefugnisse eines Eigenthümers mit dessen Wissen und Duldung eingreift, wird eine die fernere Ausübung dieser Befugnisse aufhebende Servitut begründet, ohne daß ein Verbotungsrecht in Mitte liegen muß. Wenn aber, wie hier, nicht unmittelbar und thätig in diese Befugnisse eingegriffen, also hier nicht das Wasser auf dem Grundstücke des Beklagten zur Benützung weggenommen, sondern nur das Wasser, welches der Beklagte und seine Vorfahren abfließen ließen, benützt wird, so geschieht diese Benützung aus dem sich von selbst verstehenden Rechte, das Wasser, welches von dem Grundstücke des Beklagten sich entfernt hat und zum Triebwerke gelangt ist, zu gebrauchen, nicht aber in Folge eines hievon unabhängigen Rechtes auf das Wasser, welches außerdem dem Beklagten zur Mitbenützung nach dem Gesetze gehört.

Glenach kömmt es auf alle weiteren Gründe, aus denen die erste und zweite Instanz die Klage verworfen haben, gar nicht weiter an, da sie sowohl vom Standpunkte des Eigenthums als auch von jenem eines Servituten-Erwerbes offenbar nicht begründet ist, sondern es war die Klage, da sie mangelhaft substantzirt ist, in der angebrachten Art zu verwerfen.

DAÖGrf. v. 13. April 1866 Nr. 539^{65/66}.

77.

2.

Zum §. 23 des Hypothekengesetzes.

Der oberste Gerichtshof hat sich in dem unten bezeichneten Urtheile über die Anwendung des §. 23 des Hypothekengesetzes und insbesondere dafür ausgesprochen, daß zur Erhaltung des gleichen Ranges mehrerer an demselben Tage angemeldeter Hypotheken, wenn diese nicht an demselben Tage mehr eingetragen werden können, die Aufnahme des in Abs. 3 des §. 23 vorgeschriebenen Protokolles für die unerledigten Anmeldungen nicht mehr nöthig sei, weil jetzt das Tagebuch des Hypothekenamtes, dessen Führung durch die §§. 4—7 der Geschäfts- und Registraturordnung für die Stadt- und Landgerichte dießseits des Rheins (Justizministerialblatt von 1863 S. 105 ff.) vorgeschrieben ist, die Stelle jenes Protokolles zu vertreten geeignet sei.

Wir unterlassen den Abdruck der Entscheidungsgründe, weil diese für Leser außerhalb Bayerns wenig Interesse haben, und das ganze Erkenntniß innerhalb Bayerns bereits durch dessen Abdruck im Justizministerialblatt v. 1866 S. 102 ff. bekannt geworden ist.

Dabei dürfen wir aber nicht versäumen, darauf aufmerksam zu machen, daß in der Zeitschrift des Anwaltvereines für Bayern Bd. VI S. 185 ff. gegen die oberstrichterliche Entscheidung mehrfache Bedenken erhoben wurden, die wir auch in unseren Blättern noch besprechen zu können hoffen.

DAßGrf. v. 24. April 1866 Nr. 443^{65/66}.
St.

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Einholung einer sogenannten Kameral- oder Kuratelerinnerung nach G.D. Kap. XIV §. 4 in Stiftungsprozessen. — Wirkung des in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuchs eingetragenen Vorbehaltes des Eigenthumes an einem verkauften Immobile. — Natur der Gutsabtretung mit Pachtungsvertrag nach gemeinem Rechte und nach Würzburger Landrecht. — Die Bestimmungen der markgräflich Brandenburgischen Konfiskationsordnung über die Kirchenbaulast sind auf katholische Kirchen nicht anwendbar. — Form des Inventars bei bedingtem Erbschaftsantritte. — Die Eröffnung des Unversalkonturfes auf Antrag eines Gläubigers kann bei feststehender Heberhuldung des Gemeinshuldners nicht durch ein von diesem gestelltes Frist- und Nachlassgesuch gehindert werden.

Ueber die Einholung einer sogenannten Kameral- oder Kuratelerinnerung nach G.D. Kap. XIV §. 4 in Stiftungs-Prozessen.

Ueber die Anwendbarkeit obiger Bestimmung der G.D. in Prozessen der Stiftungen sind die Ansichten der Gerichte so verschieden, daß eine Erörterung hierüber, wie sie in Nachstehendem gegeben wird, nicht als überflüssig erscheinen dürfte.

1) Daß die Bestimmung der G.D. Kap. XIV §. 4 nicht allein auf Rechtsangelegenheiten, welche das landesherrliche Finanzinteresse berühren, sondern insbesondere auch auf Rechtsangelegenheiten der milden und geistlichen Stiftungen Anwendung hatte, ergibt sich aus den in Moritz, Novellen-Sammlung zur G.D. Bd. 1 S. 265—268 angezogenen Verordnungen vom 26. Juni 1769, 9. Juli 1791, 2. Aug. 1792, 11. Mai 1793, 29. März 1800 und 6. Dez. 1808 (Reg.-Bl. S. 2815).

2) Bezüglich der Pfründe-Stiftungen, welche

das Einkommen der Pfarrer und Benefiziaten betreffen, wurde obige Bestimmung durch die *GD.* vom 30. Jan. 1811 (*Reg.-Bl. S. 193*) ganz besonders für anwendbar erklärt.

3) Bezüglich der Stiftungen für den Kultus (im engsten Sinne), für Unterricht und Wohltätigkeit wird aus Anlaß der Erklärung *Seuffert's* im Kommentare zur angeführten Stelle der *GD.*:

„daß diese Vorschrift für Prozesse der unter unmittelbarer Kuratel der Regierung stehenden Stiftungen (besagter Art) gelte,“

gewöhnlich die Ansicht aufgestellt, es seien hierunter die Stiftungen jener Gemeinden (Städte I. und II. Klasse) zu verstehen, deren Stiftungsverwaltungen gleich den dortigen Magistraten (gemäß §§. 59, 122—124, 126 des revid. Gemeinde-Edikt's v. 1. Juli 1834 und §. 8 der Geschäftsinstruktion für die Magistrate) unmittelbar den tgl. Kreisregierungen untergeordnet sind, — während die Stiftungsverwaltungen in den anderen Gemeinden (Städten III. Klasse, Märkten und Landgemeinden, gemäß §§. 105, 127 und 131 des Gemeindeedikt's) zunächst unter der Kuratel der Distriktpolizeibehörden, also nur mittelbar unter der Kuratel der Kreisregierungen ständen. Dieser Unterscheidung dürfte es aber an einem zureichenden inneren Grunde fehlen. Denn das Staatsinteresse ist bei den Stiftungen jener größeren Gemeinden nicht mehr berührt als bei den Stiftungen der kleineren Gemeinden, die Erholung der sog. Kuratelerinnerung ist daher bei den letzteren eben so nothwendig als bei den ersteren.

Da *Seuffert a. a. O.* seines Kommentars nicht von der unmittelbaren Kuratel der Kreisregierung, sondern der Regierung überhaupt spricht, so dürfte darunter sicherlich nur die Staatsregier-

ung zu verstehen und die darin liegende Unterscheidung zwischen einem unmittelbaren und mittelbaren Kuratelsverhältnisse lediglich auf den staatsrechtlichen Unterschied zurückzuführen sein, welcher zwischen den unter der unmittelbaren Landeshoheit stehenden sog. allgemeinen Stiftungen und den mit der Guts Herrlichkeit verbundenen besonderen sog. Patrimonial-Stiftungen bestand und noch besteht, wonach es eine unmittelbare Regierung: (Staats-) Stiftungskuratel (Nieder- und Oberkuratel) und eine mittelbare gutherrliche Stiftungs: (Nieder-) Kuratel gibt, worüber zu vergleichen ist die VO. v. 29. März 1800 (Mater's GG. B. I S. 13), die VO. v. 6. Dez. 1806 (Reg.-Bl. S. 2815) und die v. 6. März 1817 (Reg.-Bl. S. 154), dann §. 96 der VI. Beil. zur BU., welcher durch die Aufhebung der gutherrlichen Gerichtsbarkeit §. 1 des Gesetzes v. 4. Juni 1848 nicht betroffen wurde (Minist.-Entschl. v. 14. Juli 1849; Pözl, Sammlung der bayer. Verf.-Gesetze S. 132 Note *).

4) Nachdem die durch VO. v. 29. Dez. 1806 (Reg.-Bl. 1807 S. 49) in den Händen des Staates centralisirte Verwaltung sämmtlicher allgemeinen Stiftungen zufolge der VO. vom 6. März 1817 wieder aufgelöst wurde, und insbesondere alle Orts- und Gemeinde-Stiftungen den Gemeinden wieder zur eigenen Verwaltung heimgegeben wurden, was sofort durch die Verfassungs-Urkunde beziehungsweise das Gemeinde-Gesetz v. 1818 Gewährleistung fand, theilen sich die Stiftungen hinsichtlich ihrer Verwaltung nunmehr:

a) in solche, worüber wegen ihres allgemeinen Landes-Zweckes noch eine unmittelbare Staatsadministration besteht, wie Studien- und Seminar-Fonds-Administrationen u. (Art. VII der alleg. VO. v. 1817);

b) in solche, welche unter unmittelbarer (Nieder- und Ober-) Kuratel des Staates von den Gemeinden, deren örtlichen Zwecken sie zu dienen haben, verwaltet werden, und

c) in die unter mittelbarer (Ober-) Kuratel des Staates stehenden Patrimonialstiftungen, welche unter der niederen Kuratel der betreffenden Gutsherren stehen und von diesen oder ihren Beamten verwaltet werden (§. 96 der angeführten Verf.-Beilage).

Da die Stiftungen der ersten Kategorie (a) vom Staate selbst in ihren Rechtsangelegenheiten vertreten werden, kann bei ihnen von der fraglichen Einholung einer Kuratelerinnerung ohnehin nicht die Rede sein; ebensowenig aber auch bei den Stiftungen der dritten Kategorie (c), weil die den Gutsherren zustehende, vereinigte Kuratel und Verwaltungsbefugniß auf Priatrechtstiteln beruht und denselben die persönliche Haftung für das Stiftungsvermögen obliegt; es bleiben also nur noch die Stiftungen der zweiten Kategorie (b) in Frage.

5) Nun bestimmt aber schon die **OD. v. 6. März 1817** im Art. IX, daß die Einwirkung der Kuratelen in Rechtsangelegenheiten der Stiftungen überhaupt allmählig auf die Ertheilung der Konsense zum Streite zurückzuführen sei."

Demgemäß dürfte sich die Annahme rechtfertigen: daß es auch in den Rechtsangelegenheiten der Stiftungen (zweiter Kategorie) der Gemeinden, und zwar wenn

a) in Städten I. und ihnen gleichgestellten Städten II. Klasse in Gemäßheit §. 123 Z. 9 des rev. Gem.-Ediktes die tgl. Kreisregierungen,

b) in Städten III. Klasse, Märkten und Landgemeinden in Gemäßheit §§. 128, 123, 131, 103 des Gem.-Ediktes die Bezirksämter

den Kuratelskonsens zum Streite einmal ertheilt, beziehungsweise die Kreisregierungen den bezirksamtlichen Konsens bestätigt haben,
der Einholung einer sog. Kuratelerinnerung nach GD. Kap. XIV §. 4 gar nicht mehr bedürfe¹⁾).

6) Manche derjenigen, welche die fragliche Einholung überhaupt noch für nöthig erachten, wollen nur in Prozessen, welche die Stiftungen gegen den f. Fiskus führen, eine Ausnahme zulassen, und stützen sich hiefür auf die von Seuffert a. a. O. citirten WD. v. 23. April 1799 und v. 17. März 1800 (Morig, Sammlg. Bd. I S. 263).

Allein diese Verordnungen waren auf Stiftungsprozesse nur so lange anwendbar, als auch die Stiftungen durch das Staats-Fiskalat vertreten wurden, was mit der WD. vom 6. März 1817 aufgehört hat; die Betheiligung des Staatsfiskus an einem Prozesse als Gegner einer Stiftung könnte niemals jene Obforge für die Stiftungen surrogiren, welche durch die WD. vom 17. Dez. 1825 §. 69 nunmehr lediglich den Kammern des Innern der f. Kreisregierungen zugewiesen ist.

7) Hält man demnach die Einholung einer Regierungserinnerung in Stiftungsprozessen ungeachtet bereits vorliegenden Streitkonsenses überhaupt noch für nothwendig, dann muß man sie in allen Prozessen der von Gemeinden verwalteten Kultus-,

1) Die Behauptung, daß durch den so unbestimmt gefaßten Schlußsatz des Art. IX der WD. v. 6. März 1817, welcher jedenfalls nur eine Anweisung für die Kuratelbehörden enthält, wie sie sich bei Ausübung der Stiftungskuratel zu verhalten haben, — die in der GD. Kap. XIV §. 4 den Gerichten gegebene Vorschrift aufgehoben sei, scheint uns doch zu gewagt. — Anm. des Herausgebers.

Unterrichts- und Wohlthätigkeitsstiftungen, ohne Unterscheidung: ob deren Verwaltungsbehörde unmittelbar oder mittelbar der Kreisregierung untersteht und ohne Rücksicht auf die Richtung des Prozesses, Platz greifen lassen, — und zwar vor jeder appellablen Entscheidung, also in I. und II. Instanz (vgl. Seuffert a. a. O. Note 11, Folgerung aus dem letzten Satze der **GD. Kap. XIV §. 4**).

Der Verfasser dieser Zeilen kann aber bestätigen, daß auf Grund der oben §. 5 entwickelten Annahme die Einholung einer sog. Kuratelerinnerung schon in mehreren Stiftungsprozessen unterlassen und daß diese Unterlassung vom obersten Gerichtshofe nicht beanstandet wurde²⁾.

8) Die oben bei Ziff. 2 angeführte **BD. v. 30. Jan. 1811** bezüglich der Pfründestiftungen, — welche übrigens nicht bloß auf Pfarrer und Benefiziaten, sondern gemäß Art. XV der **BD. v. 6. Dez. 1808** auf alle Individuen und Korporationen sich erstreckt, denen ein Theil des Stiftungsvermögens zur Nutznießung auf Lebenszeit überlassen ist, — wird durch die **BD. vom 6. März 1817** deshalb nicht alterirt, weil sich letztere **BD.** bloß auf die unter Verwaltung der Gemeinden stehenden Stiftungen bezieht, während die Pfründestiftungen unter der eigenen Administration der Pfründebesitzer stehen.

a/D.

2) Hieraus dürfte für die Entscheidung der Frage wenig zu folgern sein. — **A. d. G.**

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Wirkung des in zweiter Rubrik des Hypothekenbuches eingetragenen Vorbehaltes des Eigenthumes an einen verkauften Immobilie.

Bgl. Bb. IV §. 319; Bb. XIII §. 222 u. §. 223; Bb. XVII §. 153.

Der oberste Gerichtshof hat neuerlich eine von der Ausführung in Bb. XVIII a. a. O. abweichende, dem älteren, in Bb. IV a. a. O. angezeigten Erkenntnisse entsprechende Ansicht angenommen, wie nachstehendes aus den Entscheidungsgründen Entnommene ergibt:

Es fragt sich, wem der Vorrang auf den durch Zwangsversteigerung vom erzielten Erlös zustehe, — ob den Revidenten B. und C., für welche als Verkäufer der Eigenthumsvorbehalt im Hypothekenbuche eingetragen ist, welche jedoch als Hypothekargläubiger dort nicht vorgetragen sind, — oder aber der M. W., welche für eine gewöhnliche Forderung die Subhaftation erwirkt hat.

Das Gericht zweiter Instanz hat der letzteren den Vorrang eingeräumt, jedoch mit Unrecht. Das Hypothekengesetz von 1822 ging offenbar im Entwurfe von der Ansicht aus, daß der Eigenthumsvorbehalt zur Sicherstellung einer Forderung nicht mehr seine früheren rechtlichen Wirkungen äußern, vielmehr nur eine Hypothek verleihen solle. Man glaubte, daß unter dem neuen Gesetze eine Hypothek alle Garantien gebe, welche ein Verkäufer vernünftigerweise verlangen kann.

In diesem Sinne verfügte §. 5 des Entwurfes, als Ausnahme von §. 4, daß bei Eigenthums-

vorbehalt des Verkäufers zur Sicherstellung seines Kaufpreises die Einwilligung desselben zur Hypothekbestellung nicht nöthig sei.

In Uebereinstimmung hiemit gibt §. 15 dem Verkäufer den gesetzlichen Rechtstitel zum Eintrage einer Hypothek; §. 99 verfügt, daß der bezügliche Eintrag sogar von Amtswegen geschehen solle, und endlich ordnet §. 137 an, daß derselbe unter der Rubrik der Hypotheken, d. h. also: nicht der Dispositionsbeschränkungen, zu geschehen habe.

Durch die Kammerverhandlungen erlitt der Entwurf eine wesentliche Abänderung.

Es machte sich die Ansicht geltend, daß der Eigenthumsvorbehalt mit seinen herkömmlichen Wirkungen dennoch nicht entbehrt werden könne, und es erhielt deshalb §. 4 die entgegengesetzte Fassung, indem bestimmt wurde, daß bei Eigenthumsvorbehalten, wenn sie im Hypothekenbuche eingetragen seien, die Einwilligung des Verkäufers zur Hypothekbestellung allerdings nothwendig sei. Da die übrigen mit §. 5 des Entwurfes in innerem Zusammenhange stehenden Bestimmungen des Gesetzes unverändert blieben, so mußte natürlich der Einklang des Gesetzes Störung erleiden und dessen Sinn unklar werden. Während §. 5 von der Anschauung ausgeht, daß der Eigenthumsvorbehalt seine volle rechtliche Wirkung äußere, liegt den §§. 15, 99 und 137 die Anschauung zu Grunde, daß er bloß eine Hypothek begründe und es tritt der Durchführung des §. 5 das Prinzip entgegen, daß Niemand eine Hypothek an der eigenen Sache haben könne. Aufgabe der Interpretation ist es nun, diesen Widerspruch im Geiste des Gesetzgebers zu vermitteln.

Ohne Zweifel beabsichtigte man, durch Aenderung des §. 5 dem Verkäufer eine stärkere Garantie zu geben, als sie in einer Hypothek allein

zu finden ist, — eine Garantie gleich derjenigen, wie sie das damals bestehende Recht verlieh.

Man gab ihm deshalb neben dem Rechtstitel zur Eintragung einer Hypothek einen zweiten Rechtstitel zum Eintrage einer Dispositionsbeschränkung. In so weit nun die beiden vom Gesetze verliehenen Rechte undvereinbar erscheinen, kann offenbar nicht präsumirt werden, daß der Gesetzgeber das eine Recht gar nicht oder nur verflümmert geben wollte, sondern es ist der Fall gegeben, daß sich der Berechtigte für das eine oder das andere Recht entscheide. Verzichtet der Verkäufer auf Erwerbung einer Hypothek (indem er sich z. B. gegen den Eintrag einer solchen in's Hypothekenbuch verwahrt), so kann es keinen Zweifel erleiden, daß ihm der Vorbehalt des Eigenthums alle Rechte gibt, welche nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechtes damit verbunden sind.

Macht jedoch der Verkäufer seinen Hypothekenrechtstitel geltend, so wird allerdings, da man eine Hypothek an eigener Sache nicht haben kann, hierin ein Verzicht auf Geltendmachung des Eigenthums und also auch des damit in nothwendigem Zusammenhange stehenden Separationsrechtes zu erblicken sein.

Es mag nun dahingestellt sein, ob ein Eintrag, welcher etwa bloß von Amtswegen, ohne Anregung des Verkäufers stattfindet, einen solchen Verzicht enthalte; jedenfalls ist sicher, daß wenn, wie im vorliegenden Falle, gar kein Hypothekeneintrag stattgefunden hat, nicht der mindeste Grund vorliegt, dem Verkäufer diejenigen Rechte zu versagen, welche mit dem Eigenthumsvorbehalte seiner Natur nach verbunden sind. Am wenigsten liegt Grund hiezu vor im vorliegenden Falle, wo überhaupt keine Hypotheken eingetragen sind, somit das Hypothekengesetz, welches ja Vorsorge nur trifft, so weit

Hypothesen in Frage kommen, — so weit dieß jedoch nicht geschieht, das geltende Recht unangastet läßt — gar keine Anwendung findet (s. Lehner, Prior. Ord. §. 11). Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes kann es nun aber keinen Zweifel erleiden, daß der Verkäufer, welcher sich das Eigenthum vorbehalten, ein Vorrecht für den rückständigen Kaufpreis beanspruchen darf. Wenn derselbe, statt die Zwangsversteigerung anzufechten, dieselbe genehmigt und sich damit begnügt, seine Rechte auf den Erlös zur Geltung zu bringen, — so hat jedenfalls der Gläubiger, welcher die Versteigerung veranlaßte, weder rechtliches noch faktisches Interesse, sich zu beschweren. Der Erlös der Versteigerung ist als Eigenthum des Verkäufers zu betrachten, so weit er ihn zur Deckung des Kaufpreises in Anspruch nimmt.

DAGErk. v. 1. Mai 1866 Nr. 564^{65/66}.
77.

2.

Natur der Gutsabtretung mit Nahrungsvertrag nach gemeinem Rechte und nach Würzburger Landrecht.

Kinderlose Ehegatten hatten ihr Anwesen in einem bestimmten Geldanschlage Seitenverwandten übergeben, wogegen diese die Verabreichung eines Nahrungsauszeuges und Taschengeldes, dann die Stellung einer Kaution und nicht unbedeutende, zum größeren Theile noch bei Lebzeiten der Gutsübergeber zu machende Herauszahlungen an dritte Personen übernahmen. Bei Beurtheilung der Frage, ob durch diesen Vertrag die Gutsübernehmer Erben der Gutsübergeber geworden seien, sagte der oberste Gerichtshof: „Selbst in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis ist kontrovers, inwiefern einer Gutsabtretung die Eigenthümlichkeit einer antizipirten Erbfolge zukomme, und ist anerkannt, daß

diese nur unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere wenn den Intestaterben ihre Erbtheile schon anticipando zugewiesen werden, — daher selbst bei der Gutsabtretung an ein Kind nicht immer — angenommen werden könne (Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. VIII S. 285, 291, 293 ff., 298 ff. und 357; Glück, Kommentar Bd. XXI S. 220).

Die Kommentatoren des Würzburger Landrechtes (Jos. M. Schneidt, Meditat. de contractu vitalitio (Leibgebing) in seinem thes. jur. francon. Fft. 17 Sect. I Opusc. 52 S. 3190, und von Schelhaf, Darstellung des Würzburger Landrechtes II. Aufl. S. 123, S. 272) erkennen in solchen Gutsabtretungs- und Nahrungs-Verträgen an und für sich gleichfalls weder eine Grundtheilung noch eine vertragmäßige Vererbung, sondern es bezeichnet Schneidt solchen durchaus, insbesondere in den §§. I, III, V, VI, XIX, XXV, 2c. 2c. als *emtio venditio*, — Schelhaf aber als ungenannten Kontrakt, zufolge dessen für sich allein nur eine Singular-Succession eintritt, indem das Eigenthum des abgetretenen Vermögens sofort gegen die persönliche Verpflichtung der stipulirten Alimentation auf den Gutsübernehmer als Preis für diese Leistung übergeht, und im Falle einer Entwehrung der Gutsübergeber wie bei einem Kaufe Eviction zu leisten hat (Schneidt a. a. O. S. III u. IV S. 3193; Schelhaf a. a. O. S. 273).

Eine Erbfolge tritt mittelst eines solchen Vertrages nur dann ein, wenn der Gutsübernehmer entweder ausdrücklich oder zufolge unzweideutiger Bestimmungen zum Erben eingesetzt wird, indem bei dem Mangel einer solchen Bestimmung sich der Vertrag nur auf das eben vorhandene Vermögen des zu Alimentirenden erstreckt, künftig erst anfallende Güter, z. B. Erbschaften, aber in das disponible Eigenthum des Letzteren und nicht des Guts-

übernehmer übergehen (Kaisertl. Landger. : Ordn. Fhl. III Tit. 42 §. 1; Schneidt a. a. O. §. VI S. 3196; Schelhaß a. a. O.).

Wenn Schneidt in §. XXVII S. 3221 a. a. O. zur Begründung der Ansicht, daß die Güter, welche eine Wittve ihrem Sohne und ihrer Tochter gegen ein Vitalitium übergeben hatte und welche von diesen gleichheitlich getheilt worden, nach dem Tode der Tochter und nachgefolgtem Tode des Kindes derselben dem Schwiegersohne verbleiben, — sich auch auf die Verordn. vom 22. Nov. 1706 stützt und dabei bemerkt, daß solche Vitalitarii pro civiliter quasi mortuis gehalten werden, so kann durch diese Bezeichnung doch keineswegs die Annahme begründet werden, daß dieselben als bereits durch die Gutsübergabe beerbt zu betrachten seien. Denn die in §. XX S. 3208 angeführte Verordnung vom 22. Nov. 1706 bestimmte nur die Befreiung solcher Personen, welche ihre Güter u. bereits abgetreten haben, auch kein Geschäft mehr betreiben, endlich auch keinen Auszug behalten haben, sondern lediglich auf ihre Alimentation angewiesen sind, von dem s. g. Rauchpfund (Focagio), das jeder mit eigenem Heerd Angeseffene zu entrichten hatte, weil sie nicht mehr für Bürger gehalten wurden.

Der Ausdruck Schneidt's in §. XXVII, daß solche Vitalitarii pro civiliter quasi mortuis gehalten werden, ist daher nur auf die staatsbürgerliche Stellung solcher auf ihre bloße Alimentation beschränkter vermögensloser Personen zu beziehen, keineswegs aber auf ihre Civilrechts-, insbesondere ihre vermögens- und erbrechtlichen Verhältnisse, noch weniger kann daraus gefolgert werden, daß sie hernach nicht noch eigenes Vermögen erworben und darüber disponiren können, sondern solches ohne Weiteres den Gutsübernehmern zufalle.

DAÖGrf. v. 27. April 1866 Nr. 603⁶⁵/₆₆.

77.

3.

Die Bestimmungen der markgräfllich brandenburgischen Konsistorialordnung über die Kirchenbaulast sind auf katholische Kirchen nicht anwendbar.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe: „Die Kirchenverwaltung will die fiskalische Baupflicht aus dem Generalartikel VIII Nr. 4 der für die Markgraffschaften Ansbach und Bayreuth am 21. Jan. 1594 erlassenen Konsistorialordnung ableiten.

Diese Verordnung, — wenn sie gleich im Hinblick auf die Bestimmungen des Patentes vom 29. Nov. 1795, die Einführung des preuß. Landrechtes in jenen Provinzen btr., dann auf §. 710 Th. II Tit. 11 dieses Landrechtes selbst und auf den Plenarbeschluß des k. Oberappell.-Gerichtes vom 14. Febr. 1844 als noch giltiges Provinzialgesetz in der ehemaligen Markgraffschaft Ansbach anzusehen ist, — kann doch auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leiden. Die fragliche Konsistorialordnung wurde erlassen von einem protestantischen Fürsten für ein in Folge der Reformation zum Protestantismus übergetretenes Land, in welchem sich zur Zeit der Erlassung jener Verordnung keine katholische Kirchengemeinde mehr befand. Die Einleitung in diese Verordnung läßt deutlich erkennen, daß der Markgraf Georg Friedrich nur für rein protestantische Verhältnisse, für die protestantischen Kirchengemeinden, ihre Kirchen, Pfarr- und Schuldienerbehausung gesetzliche Regeln aufstellen und nur diesen protestantischen Kirchengemeinden gegenüber in dem allegirten Art. VIII Nr. 4 die subsidiäre Baulast übernehmen wollte. Die Verordnung ist auch nur für das allein mit den protestantischen Kirchenangelegenheiten betraute Konsistorium bestimmt und kann somit auf erst im

Laufe der späteren Zeit im ehemals markgräflichen Gebiete errichtete katholische Kirchen keine Anwendung leiden.

DAßErk. v. 1. Mai 1866 Nr. 492^{65/66}.
77.

4.

Form des Inventars bei bedingtem Erbschaftsantritte.

Vergl. Bd. V S. 348, 349; Bd. XX S. 73 b. Erg.-Bl.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe enthalten hierüber Nachstehendes:

Revident erkennt an, daß die Kläger als Intestaterben der Agnes B. deren Rücklaß nur mit der Wohlthat des Inventars, also nicht unbedingt angetreten haben, glaubt aber, daß diese Erben der mit dieser Rechtswohlthat nach dem bayer. C.M. Th. III Kap. 1 S. 18 verbundenen Wirkungen dadurch verlustig geworden seien; weil nach ihrem eigenen Antrage kein förmliches Inventar errichtet worden ist. Wenn nun auch in der Praxis sich Formulare für Abfassung eines Inventars ausgebildet haben und im vorliegenden Falle ein solches Formular-Inventar nicht errichtet worden ist, so enthält doch die mit dem zum Gerichtsprotokolle erklärten Erbschaftsantritte verbundene Spezifikation des fraglichen Rücklasses alle Bestandtheile zur Formulirung eines Inventars.

Die seit dem Jahre 1849 bereits theils in einem Spitale theils im Irrenhause untergebrachte Agnes B., welche in letzterer Anstalt auch verstorben ist, hat daselbst nichts hinterlassen. Dem Gerichte lagen deren Kuratelakten vor, welche nachweisen, daß sie ein Kapitalvermögen von 300 fl. besitze, wovon damals 8 fl. 36 fr. Zinsen erkaufen waren. Die weitere Aktivmasse bestand nur in der streitigen Depositionsforderung an den dermaligen Widerkläger, der

aber, wie der Verlauf des gegenwärtigen Prozesses zeigt, von dieser Klage rechtskräftig entbunden wurde, und in einer von den Erben schon als ihnen selbst unbekannt bezeichneten allenfalligen Forderung an A., Passiva waren zu damaliger Zeit den Erben außer den Leichenkosten zu 51 fl. 20 kr. und der vom Magistrat M. angesprochenen Abfindung für den Unterhalt der Erblasserin im Spitale und im Irrenhause nicht bekannt. Widerfläger G., dem auch damals der Tod und die Verlassenschaftsverhandlung der ihm als Geschwisterkind so nahe verwandten und durch einen noch unvollendeten Prozeß verbundenen Agnes B. nicht unbekannt sein konnte, hat es nicht für nöthig erachtet, seine allenfalligen Ansprüche zur Verlassenschaft auch nur anzumelden, und so blieb es durch sein eigenes Benehmen unbekannt, daß er Massagläubiger sei, daher auch von seiner Forderung im erwähnten Protokolle keine Erwähnung geschehen konnte. Dieses Protokoll enthält alle damals bekannten Aktiv- und Passiv-Posten; das Gericht selbst erachtete die Errichtung eines Formular-Inventars nicht nöthig, indem auch der gerichtliche Extraditionsbeschuß den bekannten Bestand der Aktiv- und Passiv-Masse aufzählt.

Hätte die Verlassenschaftsbehörde die Errichtung eines Formular-Inventars für nöthig befunden, so wäre es deren Pflicht gewesen, den Antrag der Benefizialerben auf Umgangnahme von förmlicher Inventaterrichtung abzuweisen und solche anzuordnen, und es sagen in dieser Beziehung die Anmerkungen zum U. a. a. O. Nr. 11 lit. e ausdrücklich, daß die Wohlthat des Inventars nur ausgeschlossen wird, wenn die Irregularität aus Verschulden des Erben herrührt, daß aber derselbe nicht zu büßen habe, wenn eine allenfallige Illegalität von der Obrigkeit herrührt. In diesem Falle trifft aber weder die Erben noch die Verlassenschaftsbehörde der Vorwurf einer Ille-

galität. Denn das alle Materialien eines Inventars enthaltende Protokoll vertritt die Stelle eines formulirten Inventars, und daß eine Forderung des G. hier noch keinen Platz fand, daran trägt er selbst die Schuld. Es war daher das Erkenntniß der vorigen Instanz in diesem angefochtenen Punkte zu bestätigen.

DAGE. v. 20. April 1866 RMr. 518 ^{65/}₆₆
77.

5.

Die Eröffnung des Universalbankrusses auf Antrag eines Gläubigers kann bei feststehender Ueberschuldung des Gemeinschuldners nicht durch ein von diesem gestelltes Frist- und Nachlassgesuch gehindert werden.

Ist die Konkursmäßigkeit eines Schuldners materiell gegeben, so bedarf es nach dem Gesetze vom 1. Juli 1856 nur noch des Antrages eines Gläubigers, um dem Richter die Pflicht aufzulegen, auch den formellen Konkurs zu eröffnen. Denn unter dieser Voraussetzung darf sich derselbe nicht mehr von dem Bestreben leiten lassen, mit Umgehung oder Nichtbeachtung eines solchen Antrages auf die Vergleichspropositionen des Gemeinschuldners ausschließlich einzugehen, um so weniger, als ja die Realisirung solcher Propositionen im Laufe der Gant selbst nicht ausgeschlossen ist, wenn dieselben den Gläubigern eine angemessene Aussicht auf Befriedigung gewähren.

DAGE. v. 14. April 1866 Reg.-Nr. 520 ^{65/}₆₆.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die gemischtgerichtliche Untersuchung, welche wegen eines dem betheiligten Soldaten nur als Uebertretung anzurechnenden Vergehens der Schlägerei geführt wird, umfaßt auch die dem Soldaten allein zur Last liegenden Verbrechen. — Eine im Angebotsverfahren abgetheilte Strafsache, in welcher dem Angeklagten noch der Einspruch offen steht, ist noch rechtshängig und begründet die Zuständigkeit desselben Untersuchungsrichters für eine gegen denselben Angeeschuldigten sich neuerdings ergebende Untersuchung. — Die Fehlerei gehört vor den Gerichtsstand, welcher für die Haupthandlung begründet ist. — Die Aburtheilung einer Entwendung gesähten Holzes, an welchem nach der Bestimmung des Eigenthümers im Walde noch eine Arbeit behufs der Zurichtung zum Verlaufe vorgenommen werden soll, gehört zur Zuständigkeit des Forststrafgerichtes. — Betrüglich hervorgebrachter Irrthum über die Vermögensverhältnisse des Mitkontrahenten als Grund zur Auflösung eines Eheverhältnisses. — Verpflichtung des Wittebeberechtigten, die Schafe auf der beweideten Flur Wittagsruhe halten zu lassen. Natur dieses Rechtsverhältnisses. — Das Beholzungsrecht erlischt nach bayerischem Landrechte durch Nichtgebrauch in zwanzig Jahren. — Der Hypothekengläubiger, welchem die Tagsfahrt zur Versteigerung des Hypothekenobjectes nicht besonders bekannt gemacht wurde, kann die Vernichtung des Zuschlages und nochmalige Versteigerung verlangen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXXIV.

Die gemischtgerichtliche Untersuchung, welche wegen eines dem betheiligten Soldaten nur als Uebertretung anzurechnenden Vergehens der Schlägerei geführt wird ¹⁾, umfaßt auch die dem Soldaten allein zur Last liegenden Verbrechen ²⁾.

Wegen einer Schlägerei, woran neben einer schon früher wegen Körperverletzung gestraften Civilperson auch der Soldat Joseph Germer vom k. Genieregimente Theil genommen hatte, ist Unter-

¹⁾ Siehe hiezu Bl. f. R. A. Bd. XXX S. 382 ff.

²⁾ Vergl. hieher Bl. f. R. A. Bd. XXX S. 28 ff.

suchung eingeleitet und, nachdem deren Durchführung von der einschlägigen Militärbehörde dem bürgerlichen Untersuchungsrichter überlassen worden war, — von diesem auf mehrere dem Soldaten Germer allein zur Last liegende Uebertretungen erstreckt worden. Als sich aber gegen den erwähnten Soldaten auch der Verdacht wegen eines Verbrechens des Meineides ergeben hatte, glaubte der Civiluntersuchungsrichter seine weitere Zuständigkeit gegen denselben ablehnen zu müssen und da die betreffende k. Militärbehörde darauf bestand, daß die vom bürgerlichen Untersuchungsrichter geführte gemischtgerichtliche Untersuchung auch das nun gegen Germer angezeigte Verbrechen zu umfassen habe, entstand ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen der k. Stadtkommandantschaft München und dem Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München rechts der Isar, bei dessen Entscheidung der oberste Gerichtshof sich für die Zuständigkeit des letzteren aussprach und zwar in der Erwägung:

1) daß der beurlaubte Soldat Joseph Germer wegen der in seiner Person als Uebertretung strafbaren Betheiligung an einer Schlägerei, welche hinsichtlich eines anderen, dem Civilstande angehörigen Theilnehmers als Vergehen aufzufassen war, nachdem die Aburtheilung der Sache hinsichtlich des Ersteren von der treffenden Militärbehörde den Civilgerichten überlassen worden war, vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München r./S. als Angeeschuldigter vernommen worden und ein Gleiches auch hinsichtlich einer Reihe weiterer gegen genannten Germer zur Anzeige gekommenen Uebertretungen der Schlägerei, Beleidigung der Gendarmerie, Ruhestörung, Mißhandlung und anderer Ueßnisse geschehen ist, auf welche jene Untersuchung ihre Ausdehnung genommen hat;

2) daß somit, da gemäß Art. 22 Abs. 3

Th. II d. StGB. von 1813 und Art 52 d. StGB. v. 10. Nov. 1848 alle einer Person zur Last liegenden Uebertretungen an ein und dasselbe Gericht zu kommen haben, der genannte Untersuchungsrichter auch zur Untersuchung des übrigen auch in seinem Bezirke verübten Verbrechens des Meineides, dessen Joseph Germer weiter beinziehtet worden ist, zuständig erscheint, und der sonst allerdings gültige Grundsatz, daß der hinsichtlich eines Verbrechens begründete Gerichtsstand auch die Zuständigkeit über bereits anderswo rechtshängige Vergehen zc. mit sich bringe, hier keine Anwendung findet, wo in Gemäßheit des Art. 1 d. Ges. v. 1. Juli 1856 für das strafrechtliche Verfahren gegen eine Militärperson wegen des Zusammentreffens mit Civilpersonen bereits eine gemischtgerichtliche Untersuchung eingeleitet ist, indem die Militärbehörde keinesfalls gegen die dem Civilstande angehörigen Theilnehmer vorgehen könnte;

9) daß aber auch die durch vorläufige Suspension der Aburtheilung der Civilpersonen beabsichtigte Trennung des Verfahrens gegen Joseph Germer und dessen Mitbeschuldigte insofern unzulässig wäre, als nach den bereits oben allegirten gesetzlichen Bestimmungen und nach Art. 24 Th. II d. StGB. von 1813 alle Theilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens von dem nämlichen Gerichte zu untersuchen sind, und es sich zur Zeit um nichts Anderes, als um die Ausdehnung der bereits anhängigen Untersuchung auf den weiteren Reat handelt.

Erst. d. OCG. v. 9. März 1865 UB. Nr. 45.

CLXXV.

Eine im Ungehorsamsverfahren abgeurtheilte Strafsache, in welcher dem Angeklagten noch der Einspruch offen steht, ist noch rechtshängig und begründet die Zuständigkeit desselben Untersuchungsrichters für eine gegen denselben Angeschuldigten sich neuerdings ergebende Untersuchung.

Der Schlossergeselle Heim. Seydmann von

Regensburg war vom k. Bezirksgerichte dort am 1. Sept. 1864 im Ungerhorsamsverfahren wegen zweier Vergehen des Diebstahles in eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe verurtheilt und, — da sein Aufenthalt unbekannt war, — das Urtheil in seiner Heimath seinem Vater abschriftlich zugestellt worden.

Mittlerweile hatte sich aber Heydmann zu Augsburg in Kondition befunden und dort eines Vergehens des Diebstahles und der Unterschlagung verdächtig gemacht, weshalb im Dezember 1864 vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Augsburg Untersuchung eingeleitet, jedoch, nachdem dieser vom Stande der in Regensburg behandelten Sache Kenntniß erlangt, an den Untersuchungsrichter eben dort abgegeben wurde.

Da dieser, von der Ansicht ausgehend, daß das Urtheil des k. Bezirksgerichtes Regensburg vom 1. Sept. 1864 in Rechtskraft erwachsen sei, seine Zuständigkeit in Abrede stellte, ergab sich ein verneinender Kompetenzkonflikt, der vom obersten Gerichtshof dahin entschieden wurde, daß der Untersuchungsrichter zu Regensburg kompetent sei.

Der Ausspruch ist auf die Erwägung gegründet, daß die Entscheidung des erhobenen Kompetenzkonfliktes von der Beantwortung der einzigen Frage abhängt, ob zur Zeit des Anfalles der zu Augsburg begonnenen Untersuchung die in Regensburg abgeurtheilte Sache noch rechtshängig gewesen sei, weil nur unter dieser Voraussetzung ein Zusammenfluß von noch nicht rechtskräftig abgeurtheilten strafbaren Handlungen bestehe, hinsichtlich deren sich die Zuständigkeit nach den Bestimmungen über Prävention gemäß Art. 22 Abs. 3 Th. II d. StGB. v. J. 1813 zu richten hat;

daß das im Ungerhorsamsverfahren erlassene Urtheil des k. Bezirksgerichtes Regensburg dem Beschuldigten bis jetzt nicht zugestellt wurde, sondern

seinem Vater, jedoch zu einer Zeit, als Heinrich Gehdmann in Regensburg nicht wohnhaft war und die Ermittlung seines damals unbekannten Aufenthaltes durch Ausschreibung im Späheblatte den Gerichts- und Polizeibehörden angeschlossen wurde, — was aber zur Folge hat, daß das Urtheil gemäß Art. 348 Abs. 2 des StPG. v. 10. Nov. 1848 noch immer mit dem Rechtsmittel des Einspruches angefochten werden kann;

daß demnach die nach Art. 358 Abs. 2 a. a. O. durch Unterlassung des Einspruches sich ergebende Rechtskraft nur eine bedingte ist, welche nach 8 Tagen von der Zustellung der Urtheilsabschrift an gerechnet nur dann eintritt, wenn der Beschuldigte von dem Rechtsmittel des Einspruches nicht noch später Gebrauch gemacht hat, — weshalb bis jetzt nicht eine rechtskräftig abgeurtheilte, sondern eine durch Rechtsmittel noch immer anfechtbare, mithin rechtshängige Sache vorliegt, welche die beim k. Bezirksgerichte Augsburg angefallene spätere Untersuchung nach sich zieht.

Erk. d. OGS. v. 24. März 1865 UB. Nr. 47.

CLXXVI.

Die Fehlerlei gehört vor den Gerichtsstand, welcher für die Haupthandlung begründet ist¹⁾).

Gegen Christoph Borzenhard, Soldaten im k. 12. Infanterie Regimente zu Neuulm, wurde wegen

¹⁾ Nach dem gleichen Grundsatz ist auch schon durch das oberstichterliche Erkenntniß vom 1. April 1865 — UB. Nr. 48 — der Kompetenzkonflikt zwischen dem k. Stadtgerichte und dem k. Bezirksgerichte Würzburg in der Sache gegen Amalie Pfrang und Marg. Hartmann wegen Vergehens des Diebstahles und beziehungsweise Uebertretung der Fehlerlei entschieden worden.

eines in Neuulm verübten Diebstahles und zweier Diebstähle im Uebertretungsgrade eine Voruntersuchung bei besagtem Regimente anhängig, in deren Verlauf sich ergeben hat, daß Vorzenhard mehrere der entwendeten Gegenstände seiner in Bachingen, Landgerichtes Lauingen, wohnhaften Mutter, der Beisitzersehwittwe Agathe Höppler, gebracht oder geschickt hatte, in Folge dessen das k. 12. Infanterieregiment Veranlassung nahm, an den Staatsanwalt am k. Bezirksgerichte Augsburg unter Mittheilung der Akten die Anfrage zu stellen, ob nicht zur Ausdehnung der Untersuchung gegen Agathe Höppler wegen Hehlerei oder Begünstigung der von ihrem Sohne verübten Diebstähle Veranlassung gefunden und demnach die Fortführung der Untersuchung als eine gemischtgerichtliche übernommen werden wolle. Hierauf gab der Staatsanwalt und übereinstimmend mit ihm auch der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Augsburg die Erklärung ab, daß hier die Voraussetzung zu einer gemischtgerichtlichen Untersuchung deshalb nicht gegeben sei, weil Hehlerei oder Begünstigung nach dem Strafgesetzbuche vom Jahre 1861 selbständige zur Theilnahme an der Hauptthat nicht gehörige Thaten bilden, daß daher Soldat Vorzenhard von dem Militärgerichte abzuurtheilen, die Einschreitung gegen die Begünstigerin aber demjenigen Civilgerichte, in dessen Bezirk die Begünstigungshandlung verübt wurde, mithin dem k. Bezirksgerichte Donauwörth zu überlassen sein werde.

Das k. 12. Infant.-Reg. bestand dagegen auf der Ansicht, daß im Falle der Einleitung einer Voruntersuchung gegen Agathe Höppler die Untersuchung sowohl gegen den Urheber als auch gegen die wegen Hehlerei oder Begünstigung mitbetheiligte Person gemischtgerichtlich vom Untersuchungsrichter am k. Bez.-Gerichte Augsburg durchzuführen sei.

Der hienach entstandene verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden:

daß zur Beschlußfassung, ob gegen Agatha Höppler wegen Fehlerei oder Diebstahlsbegünstigung eine Untersuchung einzuleiten sei und bejahenden Falles zur gemischtgerichtlichen Durchführung der Voruntersuchung gegen Christoph Borzenhard und Agatha Höppler der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Augsburg zuständig sei, —

und zwar in Erwägung: daß die Zuständigkeit eines Gerichtes über den Haupturheber gemäß Art. 24 Th. II des StGB. v. J. 1813 auch die Zuständigkeit über alle Theilnehmer und Begünstiger begründet und nach Art. 1 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen btr., in dem Falle, wenn einer der Betheiligten dem Militärstande angehört, die Voruntersuchung durch den zuständigen Civiluntersuchungsrichter und einen von der einschlägigen Militärbehörde abzuordnenden Militärrichter gemeinsam zu führen ist;

in Erwägung, daß bezüglich der vorliegenden That gemäß Art. 30 Th. II des StGB. v. J. 1813 der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Augsburg als der zuständige erscheint, weil die Diebstähle in Ulm, mithin im Auslande, verübt wurden, der Thäter aber zu Neuulm im Bezirksgerichtssprengel Augsburg bereits in Untersuchung gezogen worden ist; nebstdem der Untersuchungsrichter am f. Bez.-Ger. Augsburg von dem durch Borzenhard im Auslande verübten Vergehen und dem auf dessen Mutter fallenden Verdachte der Begünstigung zuerst und jedenfalls vor dem Untersuchungsrichter am f. Bez.-Ger. Donauwörth Kenntniß erhalten hat, deshalb auch zuerst in der Lage war, die gemischtgerichtliche Führung der Untersuchung, wenn hiezu

gesetzliche Veranlassung vorlag, zu übernehmen²⁾; in Erwägung, daß der vom Untersuchungsrichter am f. Bez.-Ger. Augsburg geltend gemachte Ablehnungsgrund nicht haltbar ist, weil die Begünstigung auch durch das Strafgesetzbuch vom Jahre 1861 unter den Gesichtspunkt der Förderung einer begangenen That gestellt wird, ohne Beziehung auf dieselbe nicht gedacht werden kann und die Zusammengehörigkeit mit der Hauptthat um so minder verloren hat, als die Strafe der Begünstigung auch jetzt wieder unter Zugrundlegung der Strafbarkeit der Hauptthat, wenn auch nach allgemeineren Unterscheidungen in erweiterten Grenzen, auszumessen ist, — woraus aber folgt, daß die Kompetenzbestimmung des Art. 24 Th. II des StGB. v. J. 1813 durch die Begriffsbestimmung des Strafgesetzbuches vom Jahre 1861 über die Begünstigung eine Abänderung oder Einschränkung nicht erlitten hat;

in Erwägung demnach, daß der Untersuchungsrichter am f. Bez.-Ger. Augsburg berufen ist, der durch den Art. 59 Th. II des StGB. vom Jahre 1813 einem Untersuchungsrichter auferlegten Verpflichtung nachzukommen und vor Allem zum Behufe der Kompetenzregulirung die ihm angesonnene Erklärung darüber abzugeben, ob zur Eröffnung der Voruntersuchung gegen die wegen Fälschung oder Begünstigung indizirte Person Veranlassung gegeben sei, von deren Beantwortung sodann sein weiteres Verhalten in dieser Sache abhängt.

E. d. OGH. v. 23. Mai 1865 UB. Nr. 49.

²⁾ Vgl. hiezu Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 223 ff.

CLXXVII.

Die Aburtheilung einer Entwendung gefällten Holzes, an welchem nach der Bestimmung des Eigenthümers im Walde noch eine Arbeit behufs der Zurichtung zum Verlaufe vorgenommen werden soll, gehört zur Zuständigkeit des Forststrafgerichtes¹⁾.

Quirin Markgraf aus Seppensfeld, k. Landgerichtes Eichstätt, wohnhaft in Giesing, war angeschuldigt worden, daß er am 20. Januar 1865 in den im Stadtbezirke gelegenen und der Stadtgemeinde München zugehörigen Marauen eine Quantität bereits gefällter und abgeästeter Erlenstangen im Werthanschlage zu 42 fr., welche auf einen Haufen zusammengetragen, zum Verlaufe bestimmt, aber noch nicht klein geschnitten und aufgelastert waren, entwendet habe.

Daß um Aburtheilung dieser als Forstfrevel bezeichneten That angegangene k. Stadtgericht München i./S., Abtheilung für Strafsachen, hat sich als Forststrafgericht durch Urtheil vom 31. März 1865 unter Bezug auf Art. 80 des Forstgesetzes für unzuständig erklärt. —

Aber auch das k. Bezirksgericht München r./S., an welches die Sache deshalb gelangt war, weil Quirin Markgraf schon früher wegen Diebstahles zu einer vierjährigen Arbeitshausstrafe verurtheilt worden war, mithin, falls die Entwendung als Forstfrevel nicht erschiene, wegen des Mißfalles ein Vergehen des Diebstahles gemäß Art. 282 Nr. 3 des StGB. v. J. 1861 indigirt wäre, — lehnte durch Erkenntniß vom 20. April l. J. seine Zuständigkeit wegen Nichtanwendbarkeit des Art. 80 des Forstgesetzes ab.

¹⁾ Derselbe Grundsatz ist in einem Erkenntniße des Kassationshofes vom 25. Mai 1866 ausgesprochen. S. Zeitschr. f. GG. u. KRp. Bd. XIII Nr. LXXXV.

Bei Entscheidung des hienach vorliegenden verneinenden Kompetenzkonfliktes erklärte sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit des Forststrafgerichtes

in Erwägung, daß unter aufgearbeitetem zum Verlaufe oder Verbrauche bereits zugerichteten Holze im Sinne der Art. 78 und 80 des Forstgesetzes dasjenige verstanden wird, welches durch Arbeit im Walde in jenen Zustand gebracht ist, in welchem es entweder im Walde verkauft und sofort von dem Käufer fortgebracht, oder von dem Eigenthümer zum Zwecke des Verkaufes oder Verbrauches aus dem Walde abgeführt zu werden pflegt, daß mithin bei der Verschiedenartigkeit der Nutzung des Holzes die Bestimmung des Waldeigenthümers über die Verwendungsart in Betracht kommt;

in Erwägung, daß im gegebenen Falle die gesägten und abgeästeten Erlen nicht in ihrer natürlichen Länge als Stangen, sondern nach Art des Brennholzes im klein zerschnittenen und aufgelasteten Zustande für den Verkauf bestimmt waren und noch vor dem Zerschneiden in kleinere Stücke, mithin vor Vollendung der vollständigen Bearbeitung, verwendet worden sind;

in Erwägung daher, daß in Anbetracht dieser Thatfachen die Begriffsmerkmale des Art. 80 des Forstgesetzes, wonach nur Entwendungen an aufgearbeitetem, zum Verlaufe oder Verbrauche bereits zugerichteten Holze nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Diebstahl zu bestrafen sind, nicht erschöpfend zutreffen, vielmehr ein gemäß Art. 78 Abs. 1, dann Art. 58 Ziff. 1, 6 u. 7 und Art. 59 des Forstges. strafbarer Forstfrevel zur Anzeige gelangt ist, — worüber im Hinblick auf Art. 112 und 115 des Forst.-Ges. dem Forststrafgerichte die Aburtheilung zusteht.

E. d. OÖ. v. 27. Mai 1865 UB. Nr. 50.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Betrüglisch hervorgebrachter Irrthum über die Vermögensverhältnisse des Mitkontrahenten als Grund zur Auflösung eines Eheverlöbnißes.

Oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir hierüber Nachstehendes:

Im Allgemeinen begründet zwar ein Betrug eines nicht mitkontrahirenden Dritten, wodurch einer der Kontrahenten zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes bestimmt wurde, nicht die Ungiltigkeit desselben (Seuffert, Lehrb. d. Pand. §. 261 Nr. 2); allein nach der Doktrin des Kirchenrechtes wird bei Sponsalien auch einem von Seite eines Dritten begangenen Betruges die Wirkung der Ungiltigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes beigelegt (Glück, Pand.: Rom. Bd. 22 §. 1193 C. 425; Schott, Eherecht §. 90).

Diese Wirkung muß indessen selbst bei anderen Verträgen als dem Ehegelöbniße, daher um so mehr bei einem so wichtigen Vertrage, welcher auf das ganze Lebensglück eines Menschen einen entscheidenden Einfluß hat, wie ein solches Ehegelöbniß, — dem von einem Dritten verübten Betruges dann beigelegt werden, wenn durch denselben ein wesentlicher Irrthum bei einem der Eheverlobten erzeugt worden ist, weil ein solcher Irrthum ohne Rücksicht auf den Grund seiner Entstehung die Ungiltigkeit jedes Vertrages zur Folge hat, so daß es in einem solchen Falle ganz gleichgiltig ist, ob der Irrthum durch den Mitkontrahenten oder durch einen Dritten veranlaßt wurde, weil in einen wie im anderen Falle ein Mangel am Konsense gegeben ist.

Ein wesentlicher Irrthum ist nun bei Verträgen des gemeinen Verkehrs zwar dann nicht ge-

geben, wenn sich ein Kontrahent in den Eigenschaften des anderen oder in den Motiven zur Eingehung eines Vertrages irrt (Seuffert a. a. O. §. 264 Nr. 5 u. 6); allein wenn es sich um eine Eigenschaft des Mitkontrahenten handelt, welche auf die Erfüllung des Vertrages von Einfluß ist, so ist schon nach gemeinem Rechte der Irrthum als ein wesentlicher zu betrachten (Seuffert a. a. O. Nr. 5 a. E.).

Bei der Ehe ist nun die Fähigkeit des Ehemannes, einen gesicherten Hausstand zu begründen, offenbar eine solche Eigenschaft, welche auf die Erfüllung des Vertrages von Einfluß ist, besonders in einem Falle, wie der gegebene, wo die Braut zur Zeit ohne alles Vermögen und es ganz ungewiß ist, wie viel und wann sie ein Vermögen von ihren Eltern erhalten werde.

Wenn nun auch nach Can. un. §. 2 caus. 29 quaest. 1 die Vermögensumstände der Eheleute nur als gleichgiltige Nebenumstände bei der Frage über die Gültigkeit der Ehe erscheinen und daher der Irrthum eines Etheiles bei Eingehung der Ehe in dieser Beziehung die Ehe nicht ungiltig macht, so läßt sich diese Gesetzesvorschrift wegen gänzlicher Verschiedenheit der Verhältnisse und des gesetzlichen Grundes nicht auf Sponsalien anwenden, da nach kanonischem Rechte die bereits geschlossene und vollzogene Ehe als ein Sakrament betrachtet wird und daher deren Auflösung bloß aus Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse mit dem Begriffe des Sakramentes unvereinbar gelten muß.

Sponsalien dagegen haben diese besondere Eigenschaft nicht, und hier sind auch die Verhältnisse vollkommen verschieden. Denn solche Sponsalien sind nur vorbereitende Verträge für die Ehe, und der Konsens zu ihrer Eingehung ist im gemeinen Leben

beinahe immer auf Seite der Braut durch die Rücksicht auf eine gesicherte Versorgung bedingt.

Eine solche Versorgung ist aber offenbar dann nicht zu erwarten, wenn eine vermögenslose Braut einen ganz verschuldeten Mann ehelicht, vielmehr ist in einem solchen Falle eine glückliche Ehe nicht in Aussicht gestellt.

Es wird daher von den meisten und namentlich praktischen Rechtslehrern der Grundsatz vertheidigt, daß der Irrthum der Braut über die Vermögensumstände des Bräutigams die erstere berechtige, von dem Eheversprechen zurückzutreten (Glück, Romm. Bd. 22 S. 439 a. E. bis S. 442 und die dort angeführten Autoren).

Hienach kommt es offenbar nicht darauf an, ob der fragliche Irrthum der Beflagten durch den Kläger selbst oder durch dritte Personen herbeigeführt wurde, weil nur die Thatfache, nicht aber der Entstehungsgrund des Irrthumes entscheidet.

Zwar wird im Allgemeinen ein Irrthum in Thatfachen nicht berücksichtigt, welcher nicht zu entschuldigen ist, und welcher durch Erkundigung des Irrenden hätte beseitigt werden können: fr. 19 de reg. jur. (50, 17), fr. 6, fr. 9 §. 2 u. 5 de juris et facti ign. (22, 6); — allein wenn, wie hier, der Irrende durch Angaben dritter Personen oder gar des anderen Kontrahenten getäuscht wurde, und diesen Angaben im Vertrauen auf die Redlichkeit dieser Personen traute, so kann ihm der Vorwurf des Leichtsinnes nicht gemacht werden, da ein solcher Vorwurf nur begründet wäre, wenn er etwas als existierend annimmt, wofür ihm gar kein Grund der Wahrscheinlichkeit vorliegt, folglich bei seinem Glauben mit frivolem Leichtsinne und grober Nachlässigkeit verfahren ist, wie aus den zuletzt allegirten Gesetzesstellen klar hervorgeht.

DAGE. v. 16. April 1866 Reg.-Nr. 558^{65/66}.

2.

Verpflichtung des Weideberechtigten, die Schafe auf der beweideten Flur Mittagruhe halten zu lassen. Natur dieses Rechtsverhältnisses.

Vgl. Bd. XXIV S. 186.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Die Beklagten erneuern in ihrer Revision das Eingelenke, daß es sich bei der von den Klägern in Anspruch genommenen Verpflichtung nur um ein obligatorisches Verhältniß handle und daher eine Klage auf Anerkennung nicht statthaft, ebenso wenig aber auch die Begründung der Klage durch Verjährung zulässig sei. Diese Aufstellung ist grundlos. Die Verpflichtung der beklagten Schäfereiberechtigten, die Mittagruhe der Schafe auf den am jeweiligen Tage beweideten Fluren der Kläger halten zu lassen, kann nach dem Inhalte des Klagevortrages nur entweder als Gegenleistung des Hutrechtes oder als Art und Weise der Ausübung desselben (*modus exercendi*) aufgefaßt werden. Wird der erstere Gesichtspunkt festgehalten, so kann, wie die Vorinstanz zur Genüge ausgeführt hat, der Klagebehauptung gemäß, nach welcher die in Anspruch genommene Verpflichtung an das Hutrecht der Beklagten geknüpft ist und nur in Wirksamkeit tritt, so oft auf den Fluren der Kläger geweidet wird, die Berechtigung der letzteren nur als eine besondere Art des Hütenschlagrechtes in Betracht kommen. Sie hat daher, wie dieses, die Eigenschaft einer deutschrechtlichen Reallast, welche hier den Anwesen der Huterberechtigten anhebt, und ist hiedurch, insoferne die fragliche Leistung der Schä-

feretbesitzer immer nur den mittelbaren Gegenstand der Berechtigung der Kläger bildet, die dingliche Natur bedingt: in Folge hievon steht daher auch den Berechtigten eine dingliche Klage auf Anerkennung ihres Rechtes (*actio confessoria utilis*) zu, wie in der Praxis allgemein anerkannt ist.

Eben so nothwendig führt aber auch die Auffassung der Verpflichtung, die Mittagruhe der Schafe auf den am jeweiligen Tage beweideten Fluren zu halten, als einer bloßen Modalität der Weideausübung zur Begründung der gestellten dinglichen Klage. Wenn die Kläger vorbringen, daß den Beklagten auf dem Grundbesitze der Kläger das Schafhuthrecht nach der Zahl von 300 Schafen und im Wechsel an bestimmten Wochentagen auf den einzelnen Fluren der Kläger zustehe, dagegen aber dieselben seit dem Bestande dieses Rechtes verpflichtet seien, die Mittagruhe der Schafe in jener Flur der Kläger zu halten, welche sie an dem jeweiligen Huttage beweidet haben, — so nehmen sie nicht ein selbständiges Pferdrecht im Allgemeinen, sondern ein solches Recht nur in unzertrennlichem Zusammenhange mit dem Schäferrechte der Beklagten und als Ausfluß desselben in Anspruch; sie bezeichnen also offenbar nur die Art und Weise, in welcher nach ihrer Behauptung das Huthrecht auszuüben ist (den *modus exercendi*), und räumen nur unter der Modalität einer Ausübung in der Art, daß, so oft geweidet wird, die Mittagruhe der Schafe auf derselben Flur gehalten werden muß, das Huthrecht ein. Sie verneinen hiemit, in so ferne mit der behaupteten Modalität, welche die Belastung ihres Eigenthumes mindert, ein unbegrenzter Umfang des Huthrechtes nothwendig bestritten und dasselbe bei der Ausübung auf eine die Mittagruhe der Schafe in der beweideten Flur bedingende Weise eingeschränkt wird, ein in solcher Richtung unbeschränktes Huthrecht. Die

gestellte Klage kann demgemäß auch als die negatorische Klage aufrecht erhalten werden.

DAGErf. v. 5. Mai 1866 Nr. 501^{65/66}.
77.

3.

Das Beholzungsrecht erlischt nach bayerischem Landrechte durch Nichtgebrauch in zwanzig Jahren.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof damit begründet, daß das Recht, aus einem Walde Holz um ein Anweisgeld zu beziehen, nach Rh. Th. II Kap. VIII §. 15 und nach konstanter Praxis des obersten Gerichtshofes bezüglich des bayerischen Rechtes nicht als deutschrechtliche Reallast, sondern als Servitut betrachtet werden müsse, daher dasselbe als servitus discontinua (annua) nach Rh. II Kap. VII §. 8 Nr. 2 und 5 durch zwanzigjährigen Nichtgebrauch erlösche.

DAGErf. v. 28. März 1866 Reg.-Nr. 434^{65/66}.
77.

4.

Der Hypothetengläubiger, welchem die Lagsfahrt zur Versteigerung des Hypothekenobjectes nicht besonders bekannt gemacht wurde, kann die Vernichtung des Zuschlages und nochmalige Versteigerung verlangen.

Vgl. Bd. XVIII S. 12; Bd. XXII S. 285.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof wiederholt in Anwendung gebracht.

DAGErf. v. 27. März 1866 Nr. 465^{65/66}.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Was ist unter „Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen“, im Sinne des Art. 14 des Notariatsgesetzes zu verstehen? — Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung im Hypothekeneinbuche gegen den Eigentümer, dessen Erwerbstitel mit der Paulianischen Klage angefochten ist, vom Prozeßgerichte als Provisorium angeordnet. — Verträge, durch welche das Eigentum an Immobilien übertragen werden soll, unterliegen der Vorschrift des Notariatsgesetzes Art. 14 auch dann, wenn ihnen der Name eines anderen Vertrages gegeben ist. — Zum Notariatsgesetz vom 10. November 1861 Art 14.

Was ist unter „Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen“, im Sinne des Art. 14 des Notariats-Gesetzes zu verstehen?

Die Vertragsbestimmung, nach welcher ein Bräutigam sich verpflichtete, das elterliche Anwesen zu erwerben und in die Ehe zu bringen, betrifft — im weiteren Sinne dieses Wortes — ganz gewiß ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache; gleichwohl aber hat der oberste Gerichtshof laut des oben Seite 282 mitgetheilten Erkenntnisses vom 2. März 1866 angenommen, daß dieselbe der notariellen Beurkundung nicht bedurft habe.

Die Richtigkeit dieser Entscheidung soll hier nicht einen Augenblick bezweifelt, es soll aber konstatiert werden, daß der oberste Gerichtshof, indem er sagt, es sei hier ein Vertrag über ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache im Sinne des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht gegeben, eine Unterscheidung getroffen hat, welche nach den Motiven zum oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 24. April 1864 (siehe oben S. 195) als unzulässig zu erachten wäre.

Wenn dort behauptet wird, es sei, um die Nothwendigkeit notarieller Verlautbarung zu begründen, nicht erforderlich, daß das dingliche Recht unmittelbar durch den Vertrag entstehe, so läßt sich dieses gewiß nicht bestreiten; allein der für diese Behauptung unter Hinweisung auf bekannte Interpretationsregeln angeführte Grund, daß nämlich das Gesetz sich einer ganz allgemeinen Fassung bediene, und von allen Verträgen spreche, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, führt viel weiter, und schließt nicht bloß das Erforderniß, daß das dingliche Recht unmittelbar und allein schon durch den Vertrag entstehe, aufhöre oder übergehe, sondern jede Unterscheidung zwischen den ein dingliches Recht betreffenden Verträgen aus.

Der Satz, mit welchem schon so viele Künste versucht worden sind, der Satz nämlich, daß, wo das Gesetz nicht unterscheidet, auch wir nicht unterscheiden dürfen, ist für Fälle, in welchen der Umfang eines Gesetzes streitig ist, gar nicht gegeben; er warnt nur vor willkürlichen Unterscheidungen, nicht aber vor solchen, welche der mit Bestimmtheit erkennbaren Absicht des Gesetzes entsprechen; er ist demnach schlechterdings keine Interpretationsregel, als welche er ja eine vollständige Negation jeder restriktiven Auslegung enthielte, während wir zu dieser in allen Fällen, in welchen der wörtliche Ausdruck des Gesetzes über die Absicht desselben hinausgeht, durch die bestimmtesten Vorschriften gehalten sind.

Das Wort „betreffen“ wird bald im weiteren bald im engeren Sinne gebraucht. Nimmt man es hier im weiteren Sinne, so genügt jede, selbst die entfernteste Beziehung zu einem dinglichen Rechte, um einen Vertrag unter die Herrschaft des Art. 14 zu stellen; in der engeren Bedeutung des Wortes kann dieses aber nur dann geschehen, wenn das

dingliche Recht selbst es ist, welches den Gegenstand des Vertrages bildet.

Fragt sich nun, ob durch Art. 14 der engere oder der weitere Sinn gemeint sei, so dürfte die Antwort keiner besonderen Schwierigkeit unterliegen.

Nach gemeiner Regel ist die Schrift und insbesondere die notarielle Beurkundung der Verträge zu deren Rechtsgiltigkeit nicht erforderlich; der Gesetzgeber hatte daher, um nicht die Regel zu gefährden und Rechtsunsicherheit zu verbreiten, die unerläßliche Aufgabe, bei Aufführung der Ausnahmefälle dieselben mit möglichster Schärfe erkennbar zu machen, wozu ihm aber das Wort „betreffen“ im weiteren Sinne ganz unbrauchbar erscheinen mußte.

Es ist immerhin denkbar, daß der Gesetzgeber den Ausnahmen ein sehr weites Gebiet einräumen wollte; geradezu undenkbar ist es aber, daß er, um diesen Zweck zu erreichen, die Absicht gehabt habe, die Grenzen zwischen Regel und Ausnahme so unbestimmt zu lassen, daß sich die Tragweite der Ausnahmefälle jeder Möglichkeit einer Berechnung entzieht.

Das Wort „betreffen“ im weiteren Sinne eröffnet dem Art. 14 ein völlig unübersehbares Feld. Man sucht vergebens nach einem Begriffe, durch welchen man in den Stand gesetzt wäre, die Ausnahmefälle innerhalb einer nur annäherungsweise sicheren Grenze einzuschließen; man hat nur irgend eine Beziehung zu einem dinglichen Rechte auszuklügeln und, so überraschend dieselbe nur immer wäre, — der Ausnahmefall ist fertig.

Wer ein Haus vermietet oder eine Wiese verpachtet, beschränkt sich im Gebrauche seines Eigenthumsrechtes; wer Materialien zu einem Baue zu liefern verspricht, erwirbt für die aus der Lieferung

entspringende Forderung einen Rechtstitel zur Hypothek auf dem Gebäude; wer seinem Hypothekenschuldner Zahlungsnachsicht gewährt, begibt sich für die Dauer der gewährten Nachsicht der actio hypothecaria, welche ein Bestandtheil seines Hypothekrechtes ist.

Jeder dieser Verträge betrifft demnach ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache; dieses Recht steht aber, wie man sogleich wahrnimmt, so tief im Hintergrunde, daß, wenn diese und ähnliche Fälle unter die Ausnahmen gehören sollen, das Ausnahmungsgebiet dem Gesetzgeber selbst nur wie ein formlos durcheinander schwimmendes, ungreifbares Nebelgebilde vorschweben konnte.

Dieses genügt, um anzunehmen, daß das Wort „betreffen“ hier nicht im weiteren Sinne aufzufassen sei. Denn der Beruf des Gesetzgebers berechtigt uns zu der Voraussetzung, daß der Gedanke, welchen er ausdrücken wollte, ein bestimmter und vollständiger gewesen sei; und als solcher wird innerhalb des gewählten Ausdruckes nur der zu finden sein, „daß das dingliche Recht den Gegenstand des Vertrages bilden, daß also letzterer eine unmittelbare Disposition über das dingliche Recht enthalten, daß er auf die Entstehung oder Veränderung, auf den Ueber- oder Untergang des dinglichen Rechtes unmittelbar einwirken müsse“.

Zur Beseitigung eines etwaigen Mißverständnisses ist anzufügen, daß dem Worte „unmittelbar“ der Begriff von Unbedingtheit schlechterdings nicht beigemischt werden dürfe. Ob der Vertrag ein bedingter oder unbedingter sei, ist für unsere Frage gleichgiltig. Bei einer Resolutivbedingung ist dieses an und für sich klar, weil hier der Vertrag in voller Wirkung besteht; bei einer Suspensivbedingung könnte man aber vielleicht Bedenken tragen,

weil, so lange die Bedingung schwebt, das bedingt abgeschlossene Geschäft gar nicht existirt. Weil aber der suspensiv bedingte Vertrag doch so viel wirkt, daß die Kontrahenten die Entscheidung der Bedingung abwarten müssen und vorher nicht einseitig zurücktreten können, und weil er nach erfüllter Bedingung so anzusehen ist, als ob er schon ursprünglich ein unbedingter gewesen wäre, so muß, wenn nicht selbst nach erfüllter Bedingung ein einseitiger Rücktritt stattfinden soll, die bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Vertragsform bei bedingten wie bei unbedingten Verträgen gleichmäßig beobachtet werden. —

Vielleicht könnte gegen die oben aufgestellte Auslegung eingewendet werden, daß, wenn man eine unmittelbare Verfügung über das dingliche Recht verlange, durch ein pactum de contrahendo, indem dieses zum künftigen Vertrage nur in einem Verhältnisse der Vermittelung stehe, die Vorschrift des Art. 14 leicht zu umgehen wäre.

Man kann aber nicht zugeben, daß das pactum de contrahendo stets nur eine vermittelnde Wirkung äußere. Es ist z. B. ein wahres pactum de contrahendo wenn ein Tausch über zwei bestimmte Häuser verabredet wird (Savigny, Oblig. Recht Bd. II S. 245).

Häufig wird auch als ein pactum de contrahendo geltend gemacht oder angesehen, was in Wirklichkeit ein solches nicht ist. Wenn z. B. A dem B verspricht, ihm sein Haus um eine gleich jetzt bestimmte Summe nach sechs Monaten verkaufen zu wollen, so verkauft er in der That jetzt schon, mit bloß aufgeschobener Erfüllung (Savigny, a. a. O.).

Der Kontrakt ist ein gegenwärtiger und der beliebte Aufschub hindert nicht, die von A über sein Eigenthum getroffene Disposition als eine unmittelbare anzunehmen.

Mögen aber auch die Meinungen der Rechtslehrer über den Begriff und die Wirksamkeit des *pactum de contrahendo* nicht völlig übereinstimmen, so ist doch jedenfalls richtig und gegen den bemerzten Einwurf mit Sicherheit entscheidend, daß, wenn das Gesetz eine besondere Vertragssolemnität in der Absicht vorschreibt, daß vor Erfüllung derselben die Kontrahenten nicht gebunden sein sollen, auch das *pactum de contrahendo* ohne Erfüllung dieser Solemnität nicht rechts verbindlich werden kann (Puchta, Pand. §. 251).

Hienach ist das täglich vorkommende *pactum de mutuando* zu behandeln. Es fragt sich, ob durch dasselbe eine Klage gegen den Darlehenspromissar auf Annahme des Darlehens und Erfüllung aller deshalb gemachten Zusicherungen begründet werde, oder ob derselbe die Annahme verweigern könne und dann den Promittenten nur wegen Verreithaltung der Gelder, Zinsenentgang u. dergl. zu entschädigen habe.

Je nach Beantwortung dieser Frage (fr. 30 de reb. cred. (12, 1) vergl. mit Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 165 und Bd. X Nr. 37, dann Sintoni's Civilrecht Ausg. II Bd. II S. 249 und 505) wird, wenn unter Zusicherung bestimmter Hypothek abgeschlossen wurde, die notarielle Verlautbarung nothwendig oder entbehrlich sein. —

Einige Schwierigkeit der Anwendung mögen jene Verträge bieten, durch welche ein Kontrahent zu einem mit einem Dritten abzuschließenden Vertrage verbunden wird.

Ist dieser letztere Vertrag, welchen wir als den „zweiten“ bezeichnen wollen, so beschaffen, daß er, als abgeschlossen gedacht, der notariellen Beurkundung bedarf, so fragt es sich, ob für den ersten Vertrag das gleiche Erforderniß bestehe oder nicht?

Hier wird zu unterscheiden sein, ob der erste

Vertrag den zweiten bloß in seiner Allgemeinheit bezeichne, ohne den Kontrahenten für den zweiten Vertrag in einem Essentialstücke desselben zu binden, oder ob er eine feste Bestimmung für den zweiten Vertrag in einem Punkte enthalte, in welchem der Kontrahent nach der Absicht des Art. 14 vor der notariellen Verlautbarung nicht gebunden sein soll.

Beispiele werden die Sache klarer machen.

A verpflichtet sich unter einer Konventionalstrafe gegen B, binnen drei Monaten sein Haus zu verkaufen, um durch den Kauffchilling ein dem B zugesichertes Darlehen von 5000 fl. flüssig machen zu können. Hier ist dem A für die Auswahl eines Käufers und für die Feststellung des Kauffchillings, so wie für alle übrigen Vertragspunkte freie Hand geblieben. Zwar mag es je nach den Verhältnissen des Güterwerthes oder des Geldmarktes und dergl. erheblich sein, ob Jemand zur Veräußerung seines Eigenthumes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes auch nur überhaupt verbunden sei; man mag aber in anderen Fällen hierüber denken, wie man will, in dem hier gesetzten Falle ist es für die Entbehrlichkeit des Notars entscheidend, daß der Vertragsgegenstand nicht der Hausverkauf, sondern das Darlehen ist, für welches jener nur die nöthigen Geldmittel schaffen soll, und daß, wenn A die Gelder aus andrer Quelle zu schöpfen vermag, er, auch ohne das Haus zu verkaufen, der Konventionalstrafe enthoben ist.

Wenn sich dagegen C gegen D unter einer Konventionalstrafe verbindlich macht, sein Haus an E um 5000 fl. zu verkaufen, so enthält schon dieser Vertrag, dessen materielle Giltigkeit nach §. 19 Inst. de inutil. stip. (3, 20) und fr. 38 §. 17 de verb. obl. (45, 1) nicht zu bezweifeln ist, eine so unmittelbare Disposition des C über sein Eigen-

thum, daß er dasselbe, wenn E sich zum Kaufe herbeiläßt, um die bezeichnete Summe hingeben oder die Konventionalstrafe bezahlen muß; der Vertrag zwischen C und D bedarf also notarieller Beurkundung. Wie leicht es außerdem wäre, einen Kontrahenten schon vor derselben zu binden, und so die Absicht des Gesetzes zu vereiteln, bedarf keiner Erörterung; man hat sich nur den D als eine von E eingeschobene Mittelsperson zu denken. —

Es ist das gemeinschaftliche Schicksal aller Gesetze, daß sie nicht im Stande sind, die einzelnen Erscheinungen des Rechtsverkehrs mit gleicher Bestimmtheit zu treffen, und es ist daher gar nicht anders zu erwarten, als daß Fälle genug hervortreten werden, in welchen sich auch bei einschränkender Erklärung des Art. 14 über dessen Anwendbarkeit noch Zweifel bieten mögen; gerade deshalb aber ist es, damit juristischer Takt und Verstand das Uebrige thun können, vor Allem nothwendig, den gewählten Ausdruck des Gesetzes aus seiner Vieldeutigkeit auf einen möglichst bestimmten Begriff zurückzuführen, was durch gegenwärtige Erörterung versucht werden wollte.

Wie man vernimmt, hat der oberste Gerichtshof in jüngster Zeit mehrere Erkenntnisse gefällt, zu deren Begründung Art. 14 einschränkend ausgelegt worden ist. Die Mittheilung solcher Erkenntnisse wäre sehr erwünscht ¹⁾, weil hiedurch beigetragen würde, die in diesem Punkte noch ziemlich zerfahrene Praxis fester und gleichförmiger auszubilden.

Rm.

¹⁾ Wir werden dieselben in geeigneter Frist nachtragen.

D. Red.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung im Hypothekenbuche gegen den Eigenthümer, dessen Erwerbstitel mit der Paulianischen Klage angefochten ist, vom Prozeßgerichte als Provisorium angeordnet.

Der Guttsbesitzer Christoph G. hatte seinen Guttsverwalter B. eigenmächtig entlassen; es waren daraus mehrere Prozesse des B. gegen Christoph G. entstanden, in welchen dieser schließlich zu bedeutenden Herauszahlungen an den Kläger verurtheilt wurde.

Während des Laueses dieser Prozesse veräußerte Christoph G. einen Theil seines Grundvermögens an seinen Sohn Leopold, und einige Jahre später, als die Prozesse zum Theil schon den Ausgang zum Nachtheil des Beklagten voraussehen ließen, den Rest seines Vermögens an seinen Sohn Raimund G.

Nachdem dann B. den Vollzug der den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse betrieb, fanden sich als Exekutionsmittel nur einige alte Kleider und das gesetzliche Drittel des Quieszenzgehaltes des Christoph G., der früher im Staatsdienste stand, vor, welches aber bei dem hohen Alter des Beklagten zur Befriedigung des B. nicht zureichen konnte. Christoph G. betheuerte auch durch den Manifestationseid, daß er kein weiteres Vermögen besitze.

Nun erhob B. die Paulianische Klage auf Rescission des zwischen Christoph und Raimund G. abgeschlossenen Guttsübergabssvertrages gegen den

letzteren, und stellte zugleich den Antrag, daß das Prozeßgericht den Eintrag einer Dispositionsbeschränkung im Hypothekenbuche, in welchem Raimund G. als Eigenthümer des Gutes eingetragen war, als provisorische Verfügung anordne.

Das Bezirksgericht verwarf diesen Provisionalantrag, so weit derselbe den förmlichen Eintrag der Dispositionsbeschränkung verlangte, gab ihm aber insoferne Statt, als das betr. Landgericht um Vormerkung der erbetenen Dispositionsbeschränkung requirirt wurde, welche Vormerkung hierauf auch eingeschrieben wurde.

Gegen diese provisorische Verfügung erhob Raimund G., da das Bezirksgericht auf erhobene Remonstration desselben seinem Bescheide inhärirte, Berufungsbeschwerde, und die zweite Instanz wies den B. mit seinem Provisionalantrage gänzlich ab.

Auf Revision des Klägers B. stellte aber der oberste Gerichtshof die Bescheide der ersten Instanz wieder her. Den Entscheidungsgründen entnehmen wir folgende Stellen:

„Allerdings ist über die Rescissionsklage, mit welcher der Kläger B. seinen Provisionalantrag verbunden hat, noch nicht verhandelt; es ist zur Zeit noch ungewiß und kann im gegenwärtigen Provisionsverfahren nicht festgestellt werden, ob der Uebergabssvertrag, dessen Rescission verlangt ist, unter Verhältnissen zu Stande kam, welche den Gläubiger B. berechtigen, auf dessen Rescission anzutragen; allein Letzterer will auch nur ein vorläufiges Sicherungsmittel für Realisirung seiner ihm erwiesenermaßen gegen den gutsabtretenden Vater Christoph G. zustehenden bedeutenden Forderungen durch eine provisorische Maßregel, nämlich durch Erwirkung einer Vormerkung auf dem betreffenden Hypotheksfolium erzielen, welche dahin gehen soll, daß Raimund G.

f den Grund der eingereichten Rescissionsklage

vorläufig jeder Disposition über die von seinem Vater erworbenen Grundstücke, wenigstens jeder Belastung derselben, sich zu enthalten habe. — B. hat nun zwar seinen beßfalligen Antrag nicht bei dem betreffenden Hypothekenamte selbst, sondern bei dem mit der Rescissionsklage befaßten Prozeßgerichte als Provisionalantrag vorgebracht; allein, was das Hypothekengesetz von 1822 in Betreff solcher Vormerkungsanträge für den Fall anordnet, wenn sie bei dem Hypothekenamte angebracht werden, das muß auch hier gelten, wo der Akt der Vormerkung auf dem Wege der Requisition vom Prozeßgerichte an das betreffende Hypothekenamt bewirkt werden sollte, und erstrichterlich auch bewirkt wurde.

Was im Hypothekengesetze in §. 30 über Vormerkungen gesagt ist, schlägt hier nicht an, weil es sich nur auf Vormerkungen von Forderungen bezieht; wohl aber sind die in Betreff von Protestationen in den §§. 27—29 a. a. O. enthaltenen Bestimmungen hier maßgebend, wenn gleich der im gegenwärtigen Prozesse vorliegende Fall darin nicht vorgesehen ist.

Eine Protestation ist immer dann zulässig, wenn eine Thatfache, welche auf den dinglichen Zustand eines Immobile sich bezieht, deshalb in das Hypothekenbuch eingeschrieben werden soll, um das derselben entsprechende Recht vorläufig gegen jede demselben nachtheilige Handlung oder Veräußerung sicher zu stellen (vgl. von Gönner's Comment. zum Hypotheken-Ges. von 1822 Bd. I S. 302 §. II).

Es ist somit die Protestation nicht auf eine Forderung beschränkt, für welche Sicherung durch Hypothekbestellung bewirkt oder abgewendet werden will, sondern Protestationen können bei allen Gegenständen vorkommen, welche in der Bestimmung des Hypothekenbuches und den dadurch begründeten

Wirkungen der Oeffentlichkeit begriffen sind (§. 304 Nr. 3 a. a. O.). So können sie namentlich bei dem Besitzer dessen Recht an der Sache, dessen Befugniß und Fähigkeit, darüber zu verfügen, betreffen (a. a. O. lit. b).“

Es folgt dann eine thatsächliche Ausführung, nach der gesagt wird:

„Aus allem dem ist vorläufig schon einige Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, daß Christoph G. bei jener Gutsabtretung die Absicht hegte, dem B. die Mittel zur Geltendmachung seiner bedeutenden Forderungen gegen ihn zu entziehen, und es kann das Recht des B., die Rescission jenes Gutsabtretungsvertrages behufs seiner Befriedigung zu verlangen, vorläufig als bescheinigt erachtet werden. Mehr als solche Bescheinigung ist auch für die bloße Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung gegen den Gutserwerber Raimund G. nicht erforderlich. Die Gefahr für B., das fragliche Exekutionsobjekt zu verlieren, wenn nicht durch Beschränkung der Disposition des Raimund G. darüber Vorsorge getroffen wird, bedarf keiner Bescheinigung. Denn sie liegt schon in den gesetzlichen Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (von Gönner a. a. O. §. 309 Nr. 1). Was die Bescheinigung des Rechtes des B. betrifft, und zwar nicht bloß des Forderungsrechtes desselben gegen Christoph G., sondern auch seines Rechtes auf ihm entzogene Exekutionsobjekte, somit seines Rechtes auf Rescission des Gutsübergabvertrages, so wurden die diese Rechte bescheinigenden Momente bereits oben entwickelt, und von Gönner spricht sich in seinem Kommentar a. a. O. Nr. 2 dahin aus, daß auch in zweifelhaften Fällen auf ein Provisorium erkannt werden könne, wenn dessen Bewilligung der einen Partei keinen unerseßlichen Schaden, dessen Verfassung aber der anderen Partei einen solchen

zufügen würde. Gönnert spricht dies auch für Protestationen aus, mit dem Bemerkten, daß ihre Vormerkung keinen unerseßlichen Schaden zufüge, sondern nur denjenigen, den sie betreffe, insoweit beschränke, bis er deren Löschung erwirke; er will im Zweifel die Vormerkung geschehen lassen.

III' das bisher Erörterte läßt die vom Bezirksgerichte auf klägerischen Antrag angeordnete und durch das Landgericht daselbst bewirkte Vormerkung einer Dispositionsbeschränkung des Verklagten auf die Dauer des Rescissionsprozesses vollkommen gerechtfertigt erscheinen."

DAZ. v. 20. März 1866 Reg.-Nr. 408 ^{65/66}.

μ.*

Nachschrift des Herausgebers. Der oberste Gerichtshof hat selbst ausgesprochen, der hier entschiedene Fall sei „nicht unzweifelhafter Natur“, und hat deswegen die auf den Provisionalstreit erwachsenen Kosten aller Instanzen verglichen. Anderer Bedenken nicht zu erwähnen, hat der oberste Gerichtshof selbst in den Bd. XXVIII S. 88 und Bd. XXIX S. 224 mitgetheilten Erkenntnissen über die Zulässigkeit von Provisorien bei persönlichen Klagen (und eine solche ist doch die Paulianische) Grundsätze aufgestellt, mit denen sich obige Entscheidung nicht vereinigen läßt. Allerdings wird aber unsere künftige Prozeßordnung jene strengeren Grundsätze bedeutend mildern und Dispositionsbeschränkungen als provisorische Maßregeln zur Sicherung des künftigen Vollzuges auch persönlicher Ansprüche gestatten.

2.

Verträge, durch welche das Eigenthum an Immobilien übertragen werden soll, unterliegen der Vorschrift des Notariatsgesetzes Art. 14 auch dann, wenn ihnen der Name eines anderen Vertrages gegeben ist.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof in

einem Falle zur Anwendung gebracht, dessen Beschaffenheit aus nachstehenden Entscheidungsgründen zu entnehmen ist:

„Der Name des Vertrages thut nichts zur Sache und vermag die Wesenheit desselben nicht zu alteriren. Auch die einzelnen in demselben gebrauchten Ausdrücke können hier nicht entscheiden, sondern lediglich der Sinn und Zweck des Ganzen und die Intention der Kontrahenten.

Daß der Kläger sein Gut zu D. den Beklagten zum Wiederverkaufe überlassen wollte und überlassen hat, geht aber aus dem von ihm vorgelegten und von den Beklagten anerkannten Vertrage vom deutlich hervor. Gegen die Summe von 7100 fl., wodurch zugleich seine Rauffchillingschuld an die Beklagten getilgt werden sollte, hat Kläger sein Gut an die Beklagten hingegeben, und wenn dieß auch zum Zwecke der Zertrümmerung geschah und Kläger ihnen hiezu ausdrücklich Auftrag ertheilte, so behielt sich doch Kläger weder ein Eigenthum bis zur Realisirung dieser Zertrümmerung, noch die Genehmigung der Parzellenverkäufe, noch überhaupt irgend eine Mitwirkung bevor, so daß die Bezeichnung „Gesellschaftsvertrag“ durchaus ungeredtfertigt ist, auch wohl nur dazu gewählt worden zu sein scheint, um den Vertrag als einen über rein persönliche Rechtsverhältnisse abgeschlossenen hinzustellen.

Nach dem wesentlichen Inhalte des Vertrages hat aber Kläger sein Besitz- und Eigenthumsrecht an dem Gute in D. gegen Deckung seines den Beklagten schuldigen Rauffchillings zu 5900 fl. und einer Baarzahlung von 1200 fl. gänzlich aufgegeben und den Beklagten dessen Verwerthung zu ihrem etwaigen Vortheile oder Nachtheile, je nachdem das Resultat der Zertrümmerung ausfallen würde, unter dem einzigen Vorbehalte überlassen, daß er für einen

etwaigen Mehrgehalt des Areal's über 15 Tagwerk entschädigt werde.

Das Anwesen ging also an die Beflagten durch diesen Vertrag über, gelangte in deren unbeschränkte Gewalt, sobald sie ihre Verbindlichkeiten gegen den Kläger erfüllten, so daß der Auftrag, es zu zertrümmern, ganz ohne Einfluß auf das Rechtsverhältniß selbst bleibt.

Kläger spricht selbst in der Klage wiederholt von dem an die Beflagten zur Wiederveräußerung „überlassenen Besizthume“, und fügt auch noch hinzu, daß die Beflagten wirklich schon darüber verfügt hätten, indem sie es weiter veräußerten.

Beflagte haben dieß nicht widersprochen und hatten auch gar keine Ursache, dieß zu thun, im dem ja gerade aus der eigenen Erzählung des Klägers hervorgeht, daß sie in den Besiz und das Eigenthum des Gutes durch den fraglichen Vertrag gelangt waren, und Kläger sich desselben, sowie jeder Mitwirkung bei dem Wiederverkauf begeben hatte.

Kläger sict auch diese Weiterveräußerung gar nicht an, bemängelt sie nirgends, sondern klagt nur den Kaufpreis, nämlich die restige Zahlung von 1088 fl., die Erstattung von 5900 fl. und den Mehrbetrag für den Flächen-Inhalt mit 624 fl. ein. Dieß zusammen bildet nebst den bereits erhaltenen 112 fl. den Gesamtpreis, gegen welchen nach dem Vertrage vom das klägerische Gut in D. zum Zwecke der parzellenweisen Weiterveräußerung an die Beflagten übergegangen ist. Es unterliegt daher nicht dem mindesten Zweifel, daß dieser Vertrag die Besizübertragung eines Immobile beziente und bewirkte, wonach derselbe gegen die Vorschrift des Art. 14 des Notariatsgesetzes verstößt und einen Klagegrund nicht bilden kann.

Es war daher die Entbindung der Beklagten von dieser Klage mit Recht ausgesprochen worden.

Unbenommen bleibt es deshalb dem Kläger, gestützt auf die Thatfachen, welche seine erlittene Beschädigung und die widerrechtliche Bereicherung der Beklagten konstatiren, sein volles Interesse gegen diese letzteren mit Klage zu verfolgen¹⁾“.

DAÖGrf. v. 4. Mai 1866 RNr. 640^{65/66}.
77.

3.

Zum Notariatsgesetz vom 10. November 1861 Art. 14.
Vgl. Bb. XXX S. 80.

Wie zum Abschlusse eines Vertrages, wodurch die Kontrahenten eine Gesellschaft zum Zwecke des Kaufes eines Immobile von einem Dritten abschließen, so ist auch zu einem Vertrage, wodurch ein Kontrahent den Auftrag zum Ankaufe des unbeweglichen Gutes eines Dritten für den Mandanten von diesem erhält und annimmt, notarielle Errichtung nicht erforderlich.

DAÖGrf. v. 28. April 1866 RNr. 588^{65/66}.
77.

¹⁾ Die Klage müßte wohl primär auf Rückgabe des ohne Rechtsgrund in den Händen der Beklagten befindlichen Gutes und nur für den Fall, daß diesen die Rückgabe unmöglich wäre, auf Entschädigung gerichtet werden. Wir hoffen, dieß demnächst näher ausführen zu können.

St.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Wenn eine von Civilpersonen und einem Soldaten vollführte Schlägerei auch nur auf Seite des Soldaten zum Vergehen gesteigert wird, sind die Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben. — Zur Aburtheilung wegen Vergehens der Widerspenstigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz ist jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel die betreffende Konstriptionsbehörde ihren Sitz hat. — Eine im Verlaufe einer Schlägerei von einer einzelnen Person begangene, bestimmte Körperverletzung ist mit der Schlägerei nicht eine und dieselbe That, und die Theilnehmer an der Schlägerei theilen nicht nothwendig den für die Körperverletzung begründeten Gerichtsstand. — Das von einem Kaufmanne einem Richtaufmanne gegebene Darlehen ist an sich keine Handelsache. — Wenn der Schuldner nur in die Vormerkung einer Hypothek gewilligt hat, so kann auf diese Vormerkung allein der Gläubiger die Hypothekentlage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes nicht gründen. — Zur Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2 Nr. 7.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CLXXVIII.

Wenn eine von Civilpersonen und einem Soldaten vollführte Schlägerei auch nur auf Seite des Soldaten zum Vergehen gesteigert wird, sind die Voraussetzungen einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben ¹⁾).

Der Bauerssohn Michael Uebelein, beurlaubter Soldat des k. 13. Infanterieregimentes, war wegen einer am 9. April 1865 zu Hirschaid an dem Tagelöhner Georg Auer durch Beibringung von zwei Messerstichen mit der Folge einer 12—14 tägigen Arbeitsunfähigkeit verübten Körperverletzung von seinem Regimente in Untersuchung gezogen worden, in deren Verlauf sich weiter ergab, daß gedachter Michael Uebelein auch am 23. April d. J. in einem gemeinschaftlichen Angriffe mit dem ledigen Leonhard Rügel, welcher dem Militärverbande nicht angehört,

¹⁾ Vergl. hiezu Bl. f. RM. Bd. XXX S. 382 ff. u. Bd. XXXI S. 773 ff.

den Tagelöhner Nikolaus Meusel zu Hirschaid überfallen und zu Boden geworfen hat, wobei dem letzteren, ohne daß ermittelt ist, von welchem der beiden Angreifer, ein Messerstich ohne Hinzutritt von Arbeitsunfähigkeit versetzt wurde.

Vom Militärgerichte wurde auch diese zweite That des Michael Uebelein wegen seiner erst im Januar 1865 wegen vorsätzlicher Mißhandlung erfolgten Verurtheilung als ein Vergehen betrachtet, deshalb die Sache wegen Mitbetheiligung einer Civilperson an den Untersuchungsrichter am I. Bezirksgerichte Bamberg zur Führung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung abgegeben, von diesem aber seine Zuständigkeit abgelehnt.

Der hienach gegebene Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe

in Erwägung, daß Mik. Meusel seine Verwundung in einem von Michael Uebelein und Leonhard Kügel gemeinsam gegen ihn gemachten Angriffe erlitten hat, so nach Beide gemäß Art. 240 und 241 des StGB. als Theilnehmer an derselben That erscheinen, deren Untersuchung und Aburtheilung aber, da die an sich als Uebertretung erscheinende That des Michael Uebelein wegen dessen Rückfälligkeit gemäß Art. 242 des StGB. zum Vergehen sich steigert, — nicht bloß bezüglich des Uebelein, sondern auch mit Rücksicht auf Art. 24 Th. II des StGB. v. J. 1813 hinsichtlich der als Uebertretung strafbaren Theilnahme des Civilisten Leonhard Kügel vor das in Vergehenssachen zuständige Strafgericht sich eignet, indem sich nach den Kompetenzbestimmungen des angezogenen Art. 24 die Zuständigkeit eines Gerichtes über alle Theilnehmer der verschiedenen Grade erstreckt, und dieser prozessrechtliche Grundsatz gegenwärtig, nachdem auch die Aburtheilung der Uebertretungen den Gerichten zugewiesen und damit daß in der früheren Ausscheidung der Kompetenz zwischen Gerichten und

Polizeibehörden gelegene Hinderniß der allgemeinen Anwendbarkeit dieser Kompetenzbestimmung beseitigt ist, auch auf diejenigen Theilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens Anwendung findet, deren Verschulden sich bloß als Uebertretung darstellt;

in Erwägung demnach, daß die gemeinschaftliche Bethelligung einer Militär- und einer Civilperson bei einer und derselben, wenn auch nur bezüglich der Militärperson als Vergehen zu qualifizirenden That die Untersuchung und Aburtheilung vor dem nämlichen Strafgerichte bedingt, zu diesem Behufe aber die Eröffnung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gemäß Art. 1 des einschlägigen Gesetzes vom 1. Juli 1856 erforderlich ist, welche sich von selbst auch auf die weitere dem Soldaten allein zur Last gelegten Vergehen und Uebertretungen zu erstrecken hat;

dahin entschieden, daß zur Fortführung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung der Untersuchungsrichter am L. Bezirksamte Bamberg zuständig sei.
 Grf. d. OÖ. v. 5. Aug. 1865 UB. Nr. 54.

CLXXIX.

Zur Aburtheilung wegen Vergehens der Widerspenstigkeit gegen das Seerergänzungs-Gesetz ist jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel die betreffende Conskriptionsbehörde ihren Sitz hat ¹⁾.

Nach den von den Bezirksämtern Volkach, Gerolzhofen und Ebern gemachten Mittheilungen sind bei der Konskription der Altersklasse 1843 die Konskribirten Herrmann Gottlieb von Zeitlitzheim, Bernhard Knorz von Traustadt, Abraham Wezler von Meßendorf und Mag. Sebrecht von Memelsdorf in ihrer Abwesenheit von dem Rekrutirungsrathe von Unterfranken und Aschaffenburg theils dem 5.

¹⁾ Siehe hierüber Zeitschr. f. OÖ. ff. Bd. XII S. 236 ff. und besonders S. 533 ff.; auch Bd. XIII S. 115 ff.

vorf durchgeführten Voruntersuchung, nachdem die Einschreitung gegen den betheiligten Soldaten vom besagten Regimente den bürgerlichen Strafgerichten überlassen worden war, am 16. Sept. 1864 Beschluß dahin gefaßt, daß Gebhard Schmid wegen Vergehens der Körperverletzung in die öffentliche Sitzung verwiesen, bezüglich des beurlaubten Soldaten Martin Schneider aber, da gegen denselben nur eine als Uebertretung strafbare Mißhandlung vorliege, die Sache an den Staatsanwaltsvertreter bei dem zuständigen Einzelrichter zur weiteren Behandlung abzugeben sei. Gebhard Schmid wurde hierauf von dem bürgerlichen Strafgerichte allein abgeurtheilt, und die ihm vom k. Bezirksgerichte Rempten durch Urtheil vom 29. Sept. 1864 wegen Vergehens der Körperverletzung zuerkannte zweimonatliche Gefängnißstrafe von ihm auch erstanden. Hierauf hat sich das k. Stadt- und Landgericht Kaufbeuren, an welches die Sache zur Aburtheilung des beurlaubten Soldaten Schneider gelangt war, durch Beschluß vom 22. April 1865 für unzuständig erklärt, weil besagter Schneider, als ihm die Ladung zur Verhandlung zugestellt werden sollte, bereits bei seinem Regimente eingerückt war. In Folge dessen wurde sodann die Sache zur weiteren Behandlung an das k. 1. Ulanenregiment in Dillingen abgegeben, welches jedoch seine Kompetenz gleichfalls ablehnte und als Grund dafür geltend machte, daß sich, wie aus den Akten hervorgehe, an der Mißhandlung der Wirthsbesfrau Osterrieder nicht nur der Civilist Schmid, sondern auch der Soldat Schneider, wenn auch im geringeren Grade, betheiligt habe, hiernach aber das k. Bezirksgericht Rempten zur Aburtheilung des Soldaten um so mehr kompetent sei, als gegen letzteren nicht bloß eine Uebertretung der Mißhandlung, sondern eine gemäß Art. 240 Abs. 2 des StGB. im Vergehensgrade

strafbare Schlägerei indiziert erscheine. Das k. Bezirksgericht Rempten lehnte aber durch Beschluß vom 18. Aug. 1865 sein weiteres Vorgehen in dieser Sache ab, sich darauf stützend, daß es bereits bei Erlassung des Verweisungs-Erkenntnisses in eigener Kompetenz Beschluß in der Hauptsache gegen den Soldaten Schneider gefaßt habe, wonach ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen dem k. 1. Uhlanenregimente und dem k. Stadt- und Landgerichte Kaufbeuren vorliege, indem unter diesen keine Meinungsverschiedenheit über den längst anerkannten Grundsatz bestehe, daß Uebertretungen eines bewaffneten Soldaten, welcher vor der durch das Civilgericht ihm zugestellten Ladung bei seinem Regiments eingetreten ist, nicht mehr von dem Civilgerichte sondern von der betreffenden Militärbehörde abzuurtheilen sind²⁾, — vielmehr die angeregte Kompetenzfrage sich ausschließlich darauf beziehe, ob die Thaten der beiden Beschuldigten, sei es aus Gründen der rechtlichen Qualifikation, oder wegen des Zusammenhanges von dem nämlichen Strafgerichte zur Verhandlung und Aburtheilung gezogen werden müssen.

Der oberste Gerichtshof sprach sich bei Entscheidung dieses Konfliktes für die Zuständigkeit des k. 1. Uhlanenregimentes aus:

in Erwägung, daß nach den Feststellungen des bezirksgerichtlichen Verweisungsbeschlusses die das Vergehen der Körperverletzung begründende That der einzigen Thätigkeit des Civilisten Gebhard Schmid beigemessen und auch der Schuldausspruch darauf gestützt wurde, daß die der Wirthin Magdalena Osterrieder durch einen Wurf an den Ofen mit der Folge 12 tägiger Arbeitsunfähigkeit zugefügte Quetschung des linken Hüftbeines der alleinigen Urheber-

²⁾ Siehe Bl. f. RM. Bd. XXIX S. 289 ff., 291 ff.

schaft des beschuldigten Schmid zuzurechnen sei, da gegen nirgends feststeht, daß diese Körperverletzung in einem von den beiden Beschuldigten gemeinschaftlich gemachten Angriffe verübt wurde, woran sich Soldat Schneider, sei es durch Mitwirkung bei der das Vergehen begründenden That selbst, oder in anderer Weise theilhaftig hätte, — wonach aber die Annahme der Militärbehörde, daß die Theilnahme des Martin Schneider nach Art. 240 Abs. 2 d. StGB. als Vergehen der Schlägerei zu qualifiziren und von dem I. Bezirksgerichte Rempten als dem in Vergehenssachen für beide Beschuldigte zuständigen Gerichte abzuurtheilen sei, in den vom I. Bezirksgerichte festgestellten Thatfachen, deren Wichtigkeit einer weiteren Prüfung nicht mehr unterzogen werden kann, ihre Rechtfertigung nicht findet;

in Erwägung, daß die im Uebertretungsgrade strafbare Schlägerei, welche der eben erwähnten That vorangehend dadurch begangen worden sein soll, daß beide Beschuldigte im gemeinschaftlichen Angriffe die Wirthin Osterrieder bei den Haaren herumgezogen, zwar gegenüber dem beschuldigten Gebhard Schmid mit der von ihm verübten Körperverletzung eine einzige fortgesetzte That bildet und als solche auch im bezirksgerichtlichen Verweisungsbeschlusse und Strafurtheile berücksichtigt wurde, bezüglich des Beschuldigten Martin Schneider aber, obwohl dessen Theilnahme mit jener des Haupturhebers der ganzen That wenigstens theilweise zusammentrifft, dennoch als ein selbständiger von der Hauptthat unabhängiger That beurtheilt werden muß, weil, wie der oberste Gerichtshof schon mehrmals ausgesprochen hat, die Schlägerei und ein im Verlaufe derselben begangenes Verbrechen oder Vergehen der Körperverletzung nicht eine und dieselbe That sind und deshalb kein Grund vorliegt, die Theilnehmer der Schlägerei mit dem Urheber der Körperverletzung, soferne sie nicht auch

bei dieser betheiligt sind, zur Aburtheilung an das nämliche Strafgericht zu verweisen, — weshalb denn auch der in anderen Konfuzenzfällen oberstrichterlich festgehaltene Grundsatz, daß die Zuständigkeit über den Haupturheber auch die Zuständigkeit über alle und selbst die im Uebertretungsgrade strafbaren Theilnehmer begründet, auf die vorwürfige Frage unter den gegebenen besonderen Umständen eine Anwendung nicht erleidet;

in Erwägung, daß demgemäß das k. Bezirksgericht Rempten die Aburtheilung dieser selbständigen Uebertretungssache mit Recht dem dafür zuständigen Einzelrichter überlassen hat, an dessen Stelle aus dem oben erwähnten und unbeanstandet gebliebenen Grunde nunmehr das einschlägige Militärgericht als zuständig erscheint, welches selbstverständlich bei weiterer Behandlung dieser Sache an die dem bezirksgerichtlichen Beschlusse unterstellte Qualifikation der That nicht gebunden ist.

Erf. d. OÖG. v. 6. Okt. 1865 UB. Nr. 57.

— | —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Das von einem Kaufmanne einem Nichtkaufmanne gegebene Darlehen ist an sich keine Handelsfache.

Lieutenant G. wurde auf den Grund eines dem Kaufmanne B. über 1060 fl. ausgestellten Solawechsels von dem Handelsgerichte W. zur Zahlung dieser Summe verurtheilt. Derselbe forderte dann aus dem dieser Wechsel-Ausstellung angeblich vorausgegangenem Darlehensgeschäfte wegen eines dabei

stattgefundenen Wuchers mittelst Nachklage bei dem Bezirksgerichte W. 489 fl. 32 kr. von B. zurück.

Das Bezirksgericht legte dem Kläger über seinen Klagegrund Beweis auf, das Appellationsgericht wies dagegen die Nachklage wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes ab, da der Streitgegenstand zufolge Art. 272 Nr. 2 und des letzten Absatzes des gleichen Art. des Handelsgesetzbuches eine Handelsache sei. Der oberste Gerichtshof aber stellte das bezirksgerichtliche Beweis-erkenntniß aus folgenden Gründen wieder her:

Den Bezirksgerichten steht zufolge Art. 26 des Ger.-Verf.-Gesetzes v. 10. Nov. 1861 die ersterstliche Verhandlung und Entscheidung aller Streitigkeiten in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten zu, welche nicht durch das Gesetz anderen Gerichten zugewiesen sind. Demnach bildet in diesen Rechtsangelegenheiten die Zuständigkeit der Bezirksgerichte die Regel, die der Handelsgerichte dagegen die Ausnahme, welche von demjenigen, der solche in Anspruch nimmt, besonders thatsächlich und rechtlich begründet werden muß.

Die Nachklage des G. gründet sich aber nun thatsächlich nicht auf den von ihm ausgestellten Sola-Wechsel, sondern auf das demselben vorausgegangene Rechtsgeschäft, nämlich darauf, daß Beflagter B. ihm anstatt des baaren Geldes von 1000 fl. eine österreichische $4\frac{1}{2}\%$ ige Metallique-Obligation im Werthanslage zu 1000 fl. als Darlehen gegeben, diese Obligation aber nur einen Courswerth zu 594 fl. gehabt habe, und rechtlich gründet sich die Klage auf einen in Folge dieses Minderwerthes jener Obligation bei dem Darlehen stattgefundenen, nicht nach Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1862, sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilenden und zu entscheidenden Wucher.

Beklagter behauptet zwar in seiner Vernehmung, daß Kläger von ihm die fragliche Obligation für den Preis von 1000 fl. gekauft habe, diese Behauptung enthält jedoch bloß einen Widerspruch gegen die klägerische Behauptung des Darlehensgeschäftes; die Zuständigkeit des angegangenen Bezirksgerichtes läßt sich daher nur nach dem Inhalte der Klage bemessen, nach diesem ist aber der vorwürfige Streitgegenstand offenbar keine Handelsache.

Zwar ist Beklagter ein Kaufmann und zufolge Art. 272 Nr. 2 und legt. Abs. des Handelsgesetzbuches sind die Bankier- und Geldwechslergeschäfte auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmanne im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden; auch gelten zufolge Art. 274 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig. Allein wenn gleich Beklagter sich in seiner Berufung auf jenen Art. 272 bezogen hat, so ist doch weder in derselben noch in den Streitakten überhaupt eine thatsächliche Begründung dafür enthalten, daß Kläger im Betriebe des gewöhnlichen Handelsgewerbes des Beklagten, — nach der Revision des Glashandels, — den Solawechsel demselben ausgestellt oder von ihm das Darlehen aufgenommen habe, — und ebensowenig ist aus den Akten eine Thatsache ersichtlich, welche den Zweifel erregen könnte, ob nicht das zwischen den Streittheilen abgeschlossene Rechtsgeschäft zum Betriebe des Handelsgewerbes des Beklagten gehöre. Vielmehr stellt sich jenes Geschäft nach den persönlichen Verhältnissen der Streittheile und nach dem ganzen Inhalte der Klage und der darauf gefolgten Verhandlungen unverkennbar als außerhalb des Betriebes des gewöhnlichen Handelsgewerbes des Be-

klagen abgeschlossen dar, und hat dieser selbst seine Eigenschaft als Kaufmann erst in der Berufung geltend gemacht.

Den Erkenntnissen des I. Handels-Appellationsgerichtes vom 13. Jan. und 18. Okt. 1865 (Zeitschr. f. GG. u. RPfl. Bd. XII, Abth. f. Privatr. S. 7, lit. b und S. 170, Nr. XLIX) kann endlich eine rechtliche Berücksichtigung nicht zu Theil werden. Denn es läßt sich aus dem Inhalte dieser Erkenntnisse nicht entnehmen, ob in den betreffenden Rechtsfachen auch wie in gegenwärtiger die *thatsächliche* Begründung dafür mangelte, daß die den Klagen zu Grunde gelegenen Rechtsgeschäfte im Betriebe der gewöhnlichen Handelsgewerbe der Beklagten abgeschlossen worden sind.

Nach prozeßrechtlichen Grundsätzen können nicht schon auf eine allgemeine unbestimmte Vermuthung hin die Bestimmungen des Art. 272 Nr. 2 und letz. Abs. sowie des Art. 274 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches Anwendung finden, und die Eigenschaft eines Kaufmannes Seitens des Beklagten ist an und für sich dazu offenbar nicht genügend. Denn der letzte Abs. des Art. 272 erfordert neben dieser Eigenschaft ausdrücklich, daß das Geschäft im Betriebe des gewöhnlichen Handelsgewerbes des betreffenden Kaufmannes gemacht wurde, und ein Zweifel, ob ein von einem Kaufmanne geschlossener Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöre (Art. 274 Abs. 1), kann selbstverständlich wieder nur auf *thatsächliche* Beziehungen jenes Vertrages zu diesem Handelsgewerbe sich gründen. Nur bezüglich der von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine bestimmt der Art. 274, Abs. 2 a. a. O., daß solche als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet gelten, soferne sich nicht aus denselben das Gegentheil ergibt. In allen anderen Fällen verbleibt es daher nach dem Rechts-

grundsätze von der Bestärkung der Regel durch die Ausnahme bei der Vorschrift des Abs. 1 des Art. 274, wonach neben der Eigenschaft des Beklagten als Kaufmann ein auf noch andere Thatfachen begründeter Zweifel obwalten muß, ob nicht der von demselben geschlossene Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöre.

Uebrigens enthält bei einem Darlehen die Eigenschaft eines Gläubigers Seitens des klagten Kaufmannes gegenüber dem Kläger gerade das Gegentheil des im Art. 274 Abs. 2 vorausgesetzten Falles, weshalb es in jenem entgegengesetzten auch aus diesem Grunde bei der obigen Regel sein Verbleiben hat.

DAGErk. v. 14. Mai 1866 Nr. 647^{65/66}.
Wfd.

2.

Wenn der Schuldner nur in die Vormerkung einer Hypothek gewilligt hat, so kann auf diese Vormerkung allein der Gläubiger die Hypothekenklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes nicht gründen.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Die Beklagten erachten sich beschwert, weil sie nicht definitiv von der gestellten Klage entbunden wurden und ist diese Beschwerde auch begründet.

Der in dem erstrichterlichen Erkenntnisse aufgestellte Klagentbindungsgrund ist zwar nicht gerechtfertigt. Denn da die Klage gegen die H.schen Eheleute als dritte Besitzer der Hypothekenobjecte auf den Grund des §. 55 des Hyp.-Ges. gerichtet und zum Ueberflusse im Produktionsprotokolle von dem Kläger ausdrücklich erklärt wurde, daß die Beklagten nicht persönlich, sondern als dritte Besitzer in Anspruch genommen würden, so kann trotz des ungeeigneten

Klagenpetitums nicht angenommen werden; daß die Klage nicht dinglicher Natur sei.

Allein demungeachtet erscheint die Klage aus anderen Gründen unzulässig.

Der §. 55 des Hyp.-Ges. bestimmt: „Für die im Hyp.-Buche vorgemerkten Forderungen haftet der dritte Besizer wie für eingetragene Hypotheken; die Forderung kann aber gegen denselben erst dann geltend gemacht werden, wenn das Recht des Gläubigers auf die Hypothek außer Zweifel gesetzt ist und deren wirklichem Eintrage kein rechtliches Hinderniß mehr im Wege steht.“

Das Erkenntniß II. Instanz hat zwar angenommen, daß diese Voraussetzungen in dem vorliegenden Falle vorhanden und von den Beklagten nicht bestritten seien, allein diese Annahme bedarf doch einer näheren eingehenden Untersuchung.

Nach §. 9 des Hyp.-Ges. wird zur Entstehung einer Hypothek erfordert ein Rechtstitel, welcher in einer Bestimmung des Gesetzes selbst oder in dem erklärten Privatwillen liegen kann.

Ein gesetzlicher Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek auf Seite des Klägers, wie solche im §. 12 des Hyp.-Gesetzes von Nr. 1 — 12 aufgezählt sind, liegt hier nicht vor; somit kann es sich nur fragen, ob ein erklärter Privatwille vorhanden ist, auf Grund dessen der Gläubiger den Eintrag einer Hypothek bezüglich der fraglichen bisher nur vorgemerkten Forderung verlangen kann, welcher nach §. 13 entweder in einer letztwilligen Verfügung oder in einem Vertrage vom Schuldner zugestanden werden kann.

Von einer letztwilligen Verfügung ist hier keine Rede; ebensowenig liegt aber zur Zeit ein Vertrag vor.

Gemäß §. 15 a. a. O. kann der Gläubiger aus einem Vertrage die Eintragung einer Hypothek

nur alsdann verlangen, wenn sie in einer gültigen und, wo es die Gesetze nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen fordern, öffentlichen Urkunde ausdrücklich bedungen wurde; wobei nach Gönnner (Komm. Bd. I S. 223) eine die Einwilligung in die Einschreibung einer Hypothek vor dem Hypothekenamte selbst zu Protokoll gegebenen Erklärung des Schuldners zum Eintrage der Hypothek genügt.

Alein ein eine solche Einwilligung enthaltendes Hypothekenprotokoll liegt zur Zeit nicht vor. Denn das mit der Klage abschriftlich vorgelegte und in der Produktionsstagsfahrt originaliter produzierte Protokoll des landgerichtlichen Hypothekenamtes W. vom enthält nur ein Schuldbekentniß der A. und A. M. S.'schen Eheleute über ein von dem Kläger erhaltenes Darlehen von 500 fl. und die Erklärung, daß sie über diesen Betrag die Vormerkung einer Hypothek auf ihrem Anwesen Haus-Nr. 51 zu R. gestatten.

Eine solche Vormerkung wurde auch im Hyp.-Buche eingetragen, hat aber nach §. 30 Abs. II des Hyp.-Ges. nicht die rechtlichen Wirkungen einer eingetragenen Hypothek sondern dient bloß zur Bewahrung des Rechtes auf Erlangung einer Hypothek.

Da sonach der Kläger weder das Recht auf den Eintrag einer Hypothek rücksichtlich seiner Darlehensforderung auf dem vorbezeichneten Anwesen schon wirklich erworben hat, noch auch deren wirklicher Eintragung kein Hinderniß mehr im Wege steht, so kann gegen die R.'schen Eheleute als dritte Besitzer des fraglichen Objectes die Forderung dormalen noch nicht geltend gemacht werden.

Nach Gönnner's Komm. zum Hyp.-Ges. Bd. I S. 327 Nr. 3 und S. 417 Nr. 1, dann Lehner's Hyp.-Recht §. 79 Nr. 2 u. §. 91 Nr. 2 kann der Gläubiger auf eine Vormerkung die dingliche Hypo-

thefeklage nicht begründen, und sind demnach die Beklagten von der gestellten Klage durch Erkenntniß I. Instanz, wenn gleich dem von dieser angeführten Grunde nicht beigepflichtet werden konnte, mit Recht entbunden worden."

DAGErk. v. 23. April 1866 RMr. 572⁶⁵/₆₆.

Nachschrift. Mit dem in Bd. XXIII S. 383 unserer Blätter abgedruckten oberstrichtlichen Erkenntniß steht obige Entscheidung insofern nicht in Widerspruch, als dort nicht die Hypothekensklage, sondern nur eine Klage auf Gestattung des förmlichen Eintrages der vorgemerkten Hypothek, nicht gegen den dritten Besitzer, sondern gegen den Schuldner selbst erhoben war, auch dort die Bewilligung der förmlichen Intabulirung nicht aus der Bewilligung zur Vormerkung allein, sondern aus dieser im Zusammenhalte mit einer weiteren Erklärung des Schuldners und mit einem rechtskräftigen Erkenntniß gefolgert wurde. — Immerhin dürfte aber eine erschöpfende Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bewilligung einer Vormerkung zugleich als Bewilligung des Eintrages der Hypothek anzusehen sei, nicht überflüssig erscheinen.

St.

3.

Zur GD. Kap. XIII §. 2 Nr. 7.

Den in Bd. IV S. 316 Nr. 21 referirten Grundsatz hat der oberste Gerichtshof auch neuerlich in einem Falle zur Anwendung gebracht, wo der Beweisführer nach dem Erbieten zum Erfüllungs-
eide gestorben war.

DAGErk. v. 4. Mai 1866.

77.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Verwerfung von Voreinreden während der Instruktion des Prozesses. — In wie ferne erstreckt sich die Besugniß der Einkindschaftseltern, Testamente ad pias causas zu errichten, auf Testamente zu Gunsten armer Verwandten? — Fassung des Beweisjahres bei der Klage aus dem constitutum debetui proprii. — Unterscheidung zwischen Scheinveritag und betrügerlicher Veräußerung. — Ueber die Voraussetzung der Zulässigkeit des Erkenntnisprozesses, daß aus der Urkunde der causa debetui erstichtlich sei.

Verwerfung von Voreinreden während der Instruktion des Prozesses.

Bei manchen Kollegialgerichten ist in dem Falle, wenn der eventuellen Einlassung Voreinreden vorgegestellt sind, welche der instruirende Richter für unbegründet hält, das Verfahren üblich, diese Voreinreden sofort zu verwerfen, dieselben mithin gleichsam a limine abzuweisen und die Klagebeantwortung ad replicandum mitzutheilen. Die Unzulässigkeit dieses Verfahrens kann nach der Ansicht des Einsenders aus folgenden Gründen keinem Zweifel unterliegen.

Um sich gegen die in der Verwerfung seiner Voreinreden liegenden Nachteile zu schützen, muß der Beklagte gegen den richterlichen Bescheid entweder selbständige Berufung ergreifen oder sich dieselbe durch Einlegung der Verwahrung kalbiren. Ob das Eine oder das Andere zu geschehen hat, richtet sich natürlich nach der formellen Zulässigkeit selbständiger Beschwerdeführung und ist die Beantwortung dieser Frage von um so größerer Tragweite, als nach der Novelle von 1837 §. 53 Nr. 3 die Verwahrung die Stelle der Appellation da,

wo sie nothwendig ist, nicht vertritt und deshalb in Fällen, wo selbständige Berufung zulässig ist, bei eingelegter Verwahrung die beschwerende Befolgung rechtskräftig wird. Die Entscheidung dieser Frage richtet sich nun aber gemäß der Novelle von 1837 §. 52^{II} Art. 2 nach der Art der vorgeschützten und verworfenen Einrede; selbständige Berufung ist hiernach nur gegen Erkenntnisse zulässig, wodurch die gerichtsablehnende Einrede verworfen wird. In allen anderen Fällen d. h. bei allen anderen Voreinreden (prozeßhindernden Einreden, Präjudizialeinreden, dilatorischen Exzeptionen u. s. w.) ist eine Berufung gegen die dieselben abweisenden Bescheide nicht zulässig; der Beklagte kann daher nur Verwahrung einlegen.

Es bedarf nun keiner Erörterung, daß in dem ersten Falle, wenn gegen den besagten Bescheid selbständige Berufung ergriffen wird, der Rechtsstreit nur in der unnöthigsten Weise in die Länge gezogen wird. Während der Prozeß bei der Mittheilung der Vernehmung zur Replik und bei der Aussetzung der Bescheidung der Voreinrede seinen ungehinderten Fortgang nimmt, wird derselbe, wenn zugleich deren Verwerfung ausgesprochen und dadurch dem Beklagten Veranlassung zur Beschwerdeführung gegeben ist, bis zum Eintreffen der oberichterlichen Entscheidung aufgehalten, suspendirt. Es ist ferner nicht einzusehen, was dann für den rascheren oder einfacheren Fortgang des Rechtsstreites gewonnen sein soll. Denn es mag der erstrichterliche Bescheid bestätigt werden oder nicht, in beiden Fällen kann nichts Anderes geschehen, als daß der Kläger zum Replizieren aufgefordert wird, und die sofortige Verwerfung der Voreinreden hat höchstens die Folge, daß der Kläger sich in der Replik über die zur Begründung der verworfenen Voreinrede in der Vernehmung vorgetragenen Aufstellungen des Beklag-

ten nicht zu äußern braucht. Während also bei dem gedachten Verfahren auf der einen Seite ein ganz neues Prozeßstadium eingeschoben und dadurch dem Beklagten die Möglichkeit eröffnet wird, durch das Vorschützen unbegründeter prozeßhindernder Einreden schon bei Beginn des Rechtsstreites den Oberrichter anzurufen und den Prozeß in die Länge zu ziehen, ist hievon auf der anderen Seite absolut kein anderer Vortheil abzusehen, als daß die Replik, welche aber dann viele Wochen später zum Einlauf kommen muß, möglicherweise (d. h. wenn es dem Anwalte des Klägers beliebt) eine Beleuchtung des Ungrundes der Voreinreden nicht enthält. Denn etwas Anderes kann der Theil der Replik, welchem mit so großer Umsicht vorgebeugt werden soll, der Natur der Sache nach nicht enthalten.

Noch deutlicher treten die Inkonvenienzen, welche sich aus dem fraglichen Verfahren ergeben, in dem zweiten Falle hervor, wenn die vorgeschützten und verworfenen Voreinreden nicht unter die Kategorie der prozeßhindernden fallen, wenn also selbständige Berufung unzulässig ist und nur Verwahrung eingelegt werden kann. Hier macht der Beklagte, — wenn er nicht frivoler Weise die Gelegenheit ergreift, den Prozeß durch eine unzulässige Berufung zu verzögern, — die hiedurch hervorbeschwerde gegen die Verwerfung seiner Voreinreden und seiner etwa mit der Verwahrung eingelegter Demonstration gleichzeitig mit der Berufung gegen das nächste appellable Erkenntniß geltend. Wenn nun diese Beschwerde von dem Oberichter verworfen wird, so hat die Sache nichts Besonderes; mit der Abweisung der Voreinreden a limine ist dann vielleicht der problematische Vortheil erreicht worden, daß eine um einige Seiten dünnere Replikschrift das Auge des instruirenden Richters erfreute. Aber was dann, wenn der

Oberrichter über die von der I. Instanz verworfene Voreinrede des Beklagten anderer Ansicht ist?

Hier kann ein doppelter Fall eintreten: der Oberrichter hält entweder die Voreinrede schon jetzt für vollständig begründet, oder er ist hierüber im Zweifel und will vorerst den Kläger über deren tatsächliche und rechtliche Begründung hören. Es mag nun dahin gestellt bleiben, ob es in dem ersten Falle zulässig erscheint, der Voreinrede, worüber der Kläger entweder gar nicht gehört worden ist oder wenigstens nicht gehört werden wollte, ohne Weiteres stattzugeben, ob es nicht vielmehr nothwendig ist, den Kläger unter allen Umständen hierüber zu vernehmen und demselben Gelegenheit zu geben, sich über die tatsächlichen und rechtlichen Gründe der Voreinrede zu äußern, ehe auf Grund derselben die Klage definitiv oder in der angebrachten Art oder wie immer abgewiesen werden kann. Genug, daß die Möglichkeit gegeben ist, den Kläger nach bedingtem Schriftenwechsel und nachdem in der Hauptsache bereits erkannt ist, noch einmal zum Replizieren über Voreinreden des Beklagten, den letzten noch ein Mal zum Dupliziren hierüber auffordern zu müssen.

Ein Beispiel, und zwar gerade dasjenige, welches die Veranlassung zu diesem Aufsatze gegeben hat, läßt die Ungereimtheit solchen Verfahrens am deutlichsten erkennen. Der Beklagte hat der eventuellen Klagsbeantwortung die s. g. Voreinrede der mangelnden Passivlegitimation vorangestellt. Der instruirende Richter verwirft diese Einrede sofort als unbegründet und fordert den Kläger zur Abgabe der Replik auf. Die wegen Unzulässigkeit selbständiger Berufung mittels eingelegter Verwahrung salvirte Beschwerde wird nunmehr mit der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß (z. B. Beschwerdeinterlocut) von dem Beklagten verfolgt. Geseht

nen, der Oberichter hält die Eikrede der mangelnden Passivlegitimation nicht für unbegründet; ist aber der Ansicht, daß für seine Entscheidung die Frage präjudiziell sei, ob die zur Begründung der fraglichen Voreinrede vorgebrachten Thatsachen richtig sind oder nicht, so ist es klar, daß kein anderer Weg gegeben ist, als die I. Instanz anzuweisen, den Kläger zur Erklärung hierüber aufzufordern und überhaupt die Instruktion eines weiteren Verfahrens zum Zwecke der Ermittlung dieser tatsächlichen Voraussetzungen anzuordnen. Erst nach dessen Beendigung ist der Oberichter in der Lage, die wegen Verwerfung der Voreinrede ergriffene Beschwerde des Beklagten zu bescheiden.

Die Ungereimtheit des Verfahrens, Voreinreden gleichsam a limine abzuweisen und die Erklärung der Parteien über deren faktische und rechtliche Begründung abschneiden zu wollen, erhellt hieraus von selbst. Der Zweck der Eventualmaxime, welcher gerade in einer solchen Ordnung des Verfahrens besteht, daß dem erkennenden Richter das gesammte Prozeßmaterial in vollständiger Uebersicht zur Entscheidung vorgelegt wird und daß derselbe in der Lage ist, sofort und ohne weitere Ergänzungen anordnen zu müssen, über alle Punkte zu erkennen, wird dadurch illusorisch gemacht. Denn im Widerspruche mit diesem, von jedem gemeinrechtlichen Systeme untrennbaren Prinzipie führt jenes Verfahren zu einer Zerreißung der Parteivorträge, zu einer Prozeßverzögerung, welche von dem Belieben des Beklagten abhängig ist, und überhaupt zu einer Verwirrung des Verfahrens. Alle diese Inkonvenienzen, welche sich möglicherweise an das gerügte Verfahren knüpfen, können aber vermieden werden, wenn der Richter, statt bei der Vorstreckung der Replikfrist zugleich die sofortige Abweisung der Voreinreden auszusprechen, diese Entscheidung dem

nach beendigtem Schriftwechsel zu erlassenden Erkenntnis in der Hauptsache vorbehält.

Abgesehen von diesem Bedenken sind es aber auch noch weitere Gründe, welche über die Unzulässigkeit des gedagten Verfahrens keinen Zweifel bestehen lassen.

Der Begriff „Vorrede“ ist in hohem Grade unbestimmt und schwankend. Wie unter Einrede im weiteren Sinne des Wortes jeder Einwand gegen die Klage verstanden wird, so rechnet man auch unter die Vorreden im weiteren Sinne nicht bloß die sogenannten prozeßhindernden, gerichtsab lehrenden, präjudiziellen und dilatorischen Einreden, sondern überhaupt alle Einwendungen, welche aus dem eigenen Vorbringen des Klägers abgeleitet werden.

Man kann nun allerdings über die Wichtigkeit dieser Ausdrucksweise verschiedener Meinung sein; allein darüber kann kein Zweifel bestehen, daß der Beklagte befugt und berechtigt ist, seine Vertheidigungsschrift einzurichten, wie er es am zweckmäßigsten erachtet, und demgemäß die ex ipsis nar-ratis des Klägers hervorgehenden Einwendungen gegen die Klage bei eventueller Beantwortung derselben voranzustellen, um unter Bezugnahme auf O. Kap. IV §. 17 die Abweisung der Klage zu verlangen. Wenn er dann diese Einwände als Vorreden bezeichnet, so kann die allenfallsige Infortrefflichkeit, welche hierin zu erblicken wäre, auf den Gang des Verfahrens und die materielle Entscheidung des Streites offenbar keinen Einfluß haben.

Die tägliche Erfahrung lehrt auch, daß in dem bei eventueller Einlassung vorangestellten Theile der Vernehmlassungsschrift alle möglichen Vertheidigungsgründe abgehandelt werden, daß namentlich rechtliche Gegenbeductionen hier häufig ihren Platz finden, indem der Beklagte erklärt, er verweigere die Ein-

lassung auf den Streit, „weil der Ungrund der Klage (z. B. mangelnder Rechtsgrund) gleich aus des Klägers eigener Erzählung erscheine“. Ebenso sind oft wirkliche peremptorische Einwendungen als Voreinreden eingeführt, z. B. die Einrede der Verjährung, wenn der Klagevortrag zu deren Begründung Anhaltspunkte bietet, — die s. g. Einrede der mangelnden Aktiv- oder Passivlegitimation u. s. w.

In solchen Fällen wird durch die sofortige Verwerfung der als Voreinreden geltend gemachten Eingelenke der Bertheidigungsstoff förmlich zerrissen; der instruirende Richter wirft sich bezüglich der Bertheidigungsgründe, welche der Beklagte zufällig als Voreinreden bezeichnet hat, zum erkennenden Richter auf; er erklärt diese Bertheidigungsmittel als gänzlich ungerechtfertigt und schneidet mit deren Verwerfung nicht nur dem Kläger die Erklärung darüber, sondern auch dem erkennenden Richter das Urtheil darüber ab.

Wenn also in Fällen, wo mit einer Voreinrede die Einlassung eventuell verbunden ist, diese Voreinrede sofort verworfen und, ohne in der Hauptsache zu erkennen, die Vernehmlassung ad replicandum mitgetheilt wird, so liegt hierin, abgesehen von den oben angedeuteten Inkonvenienzen, zu welchen dieses Verfahren in formeller Beziehung führt, ein ungerechtfertigter Eingriff des instruirenden Richters in die Aufgabe des erkennenden Richters.

Die Unzulässigkeit des beregten Verfahrens kann hienach nicht wohl bezweifelt werden. Wenn sich allerdings auch keine bestimmte Gesetzesstelle hierfür anführen läßt!), so ergibt sich dies doch aus

!) Eine solche ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, aber zur Rechtfertigung des vom Herrn Verf. bekämpften Verfahrens, könnte man in O. Kap. VI §. 4 finden wollen. Allein richtig verstanden enthält die Vorschrift nichts weiter, als daß der in-

der Natur der Sache, aus dem, was aus der Gestaltung, welche ein bestimmtes Rechtsinstitut in einem positiven Rechtssysteme erhalten hat, mit logischer Konsequenz gefolgert werden muß.

— nh —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

In wie ferne erstreckt sich die Befugniß der Einkindschafts-
eltern, Testamente ad plas causas zu errichten, auf Testamente zu Gunsten armer Verwandten?

Vgl. Vb. XII Erg.-Bl. S. 81.

Ueber obige Frage enthalten oberstrichterliche Entscheidungsgründe nachstehende Ausführung:

1) Der hier zur Anwendung kommenden französischen Gesetzgebung liegt das System der allgemeinen Gütergemeinschaft zum Grunde, welche alles und jedes, liegendes und fahrendes, gegenwärtiges und zukünftiges, gewonnenes und ererbtes Vermögen, es komme her woher es wolle, umfaßt (VGD. Tit. 96 §. 5 — Tit. 97 §. 6 Thl. III; Land- und Samml. Vb. III. S. 269). Als unabwiesliche Folge hievon ergibt sich die Regel, daß wäh-

stuhrende Richter keine die Dilatorien betreffende prozeßleitende Verfügung übersehen und der erkennende Richter die wahren dilatorischen Einreden vor der Hauptsache prüfen soll. Eine Abweisung von Einreden, ohne daß der Kläger über dieselben gehört wurde, kann durch den angef. §. 4 nicht gerechtfertigt werden, wie die Worte: „sobald sie genug erörtert sind“ — deutlich entnehmen lassen. —
Ann. d. Herausgebers.

tend der Dauer der Gütergemeinschaft kein Ehegatte über das gemeinschaftliche Vermögen ganz oder theilweise von Todeswegen verfügen kann.

Die Gütergemeinschaft erlischt nicht durch den Tod des einen Ehegatten, sondern wird den vorhandenen Kindern gegenüber fortgesetzt. Die rechtliche Folge des Verbotes einseitiger Testamenterrichtung vor gepflogener Abtheilung und hiedurch bedingter Gütergemeinschaft bleibt als Regel aufrecht erhalten, man mag nun mit Schelhaß in seiner Darstellung des fränkischen Rechtes S. 65 als Grund annehmen, weil die Kinder bereits zu Lebzeiten der Eltern Mitgenossen der Gütergemeinschaft seien, oder den gegenthelligen oberstrichterlichen Einklassirungen (Bl. f. RA. Bd. XXVII S. 175) beipflichten.

An dieser Regel wird auch — abgesehen von den später zu berührenden Ausnahmen — durch die Errichtung eines Einkindschaftsvertrages nichts geändert, indem mit der Einkindschaft immer die allgemeine Gütergemeinschaft verknüpft ist (BGO. a. a. O. Tit. 104 §. 2).

2) Diese aus der Natur des ehelichen Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft fließende Regel findet aber auch noch ihren besonderen Ausdruck durch spezielle Gesetzesbestimmungen. Im §. 15 der Landgerichtsordnung Th. III Tit. 39 ist ausgesprochen: „Vor gepflogener Grundtheilung können die vereinkindschafteten Stiefeltern in Betreff ihrer vereinkindschafteten Stiefkinder nicht über das ihnen bei künftiger Abtheilung des Vermögens zustehende Drittel verfügen.“

Im Gegensatz zu dieser Bestimmung verordnet der §. 16 a. a. O., daß leibliche Eltern unter ihren (leiblichen) Kindern ein Testament errichten, auch einem oder mehreren unter denselben, die sich vielleicht besser und gefälliger als die anderen gegen

sie verhalten, noch vor der Grundtheilung entweder ihr ganzes Drittel oder etwas davon nach Wohlgefallen vor den Anderen hinterlassen können. Der §. 17 schließt auch diese Befugniß der leiblichen Eltern bezüglich dritter Personen aus.

Die obige Bestimmung des alleg. §. 15 findet aber noch überdies ihre volle Bestätigung durch mehrere spätere in der s. g. Mandaten-Sammlung publicirte Verordnungen, deren Rechtsverbindlichkeit durch Erlass vom 21. December 1776 ausgesprochen ist. So enthalten die gerade bezüglich der Einfindschaften am 4. Mai und 27. Juni 1782 vorgefährten Ansprachen an die Eltern, welche einen Einfindschaftsvertrag abschließen wollen, den wörtlichen Ausdruck: „daß die Eltern bei noch stehender Einfindschaftung und vor Abreichung der Grundtheilung keinen Eindrittheil an dem Vermögen haben und daher nicht einmal unter den einfindschafteten Kindern ein Testament machen und darin einem viel oder wenig zuwenden oder etwas verschenken können.“

Durch diese Bestimmung und insbesondere durch das derselben beigefügte Motiv sollte man nun wohl mit Recht als feststehend annehmen können, daß den vereinfindschafteten Eltern durch Gesetz die Befugniß entzogen sei, über ihr einstiges Drittheil letztwillig zu verfügen, während den leiblichen Eltern diese Dispositionsbefugniß über eine res sperata ihrem leiblichen Andern gegenüber nicht entzogen sein soll. Dieser kategorisch ausgesprochenen Regel tritt nun aber die in §. 18 der oben allegirten Stelle der P.O. enthaltene Ausnahme entgegen, in welcher ausgesprochen ist: „Weilen Eltern, sowohl den leiblichen als vereinfindschafteten, ist erlaubt, auch vor der Abtheilung zu frommen und milden Stiftungen über ihr Drittel zu verfügen.“

Eine solche spezielle Ausnahmestimmung, wenn

sie, wie hier, den bestimmtesten gesetzlichen Ansprüchen und den mit Gesetzeskraft bekräftigten früheren Verordnungen widerspricht, muß nun aber selbstverständlich der strengsten Auslegung unterstellt und muß insbesondere geprüft werden, ob solche auf jene Personen, welche sie für sich in Anspruch nehmen, überhaupt anwendbar ist, und ob auch der im fraglichen Testamente niedergelegte Wille des vereinschafteten parens in solcher Weise ausgedrückt ist, daß man solchen als aus der Absicht der Wohlthätigkeit hilflosen Personen gegenüber hervorgegangen betrachten kann."

Da nun die beklagten vereinschafteten Töchter als solche selbstverständlich kein Recht haben, daß der angeführte §. 18 seinem Wortlaute nach auf sie angewendet werde, so nehmen sie für die Aufrechterhaltung der Testamente die ausdehnende Begriffsbestimmung *über pias causas* für sich in Anspruch, welche in der *l. g. norma practica ult. volunt. Cap. II No. I* (Mandaten-Sammlung Thl. II S. 251) enthalten ist.

Dieses auf päpstlichen Befehl im Jahre 1741 vornehmlich zum Zwecke der Berechnung und Feststellung der Interfakarsfrüchte bestimmte *norma practica* spricht sich in der allegirten Stelle dahin aus: „daß als Gegenstände von Testamenten *ad pias causas* zu erachten seien: „Stiftungen, fromme Orte, wie Kirchen, Spitäler, Klöster, Bruderschaften, Erlösung von Gefangenen, Vermächtnisse für die armen Seelen, Personen, die ihrem Stande nach arm sind, selbst Verwandte, die als solche betrachtet werden.“ Unter diese letztere Kategorie wollen die beklagten V.'schen Töchter nun gerechnet werden, weil sie kein genügendes Vermögen, um davon leben zu können, besäßen, und wollen aus diesem Grunde die Testamente als *ad piam causam* errichtet aufrecht erhalten wissen.

Dieser Behauptung fehlt aber jeder tatsäch-

liche Grund. Als ihrem Stande nach Arme können die Beklagten gewiß nicht betrachtet werden, da sie sich im Besitze eines Hauses und einer ganzen Reihe von Aekern und Weinbergen befinden. Als solche könnten vernünftiger Auslegung gemäß nur Personen betrachtet werden, die gar keine Immobilien, überhaupt gar kein Aktivvermögen, besitzen, sondern lediglich auf ihren täglichen Arbeitsverdienst angewiesen sind und deren Erwerbsfähigkeit wenigstens eine beschränkte ist". (Folgen weitere Angaben über das Vermögen der Beklagten und wird dann fortgesetzt:)

„Personen, welche dem Bauernstande angehören und ein reines Grundvermögen im Betrage des angegebenen Werthes besitzen, können nicht als arm und keinesfalls als ihrem Stande nach arm erachtet werden, welche Eigenschaft nach den Worten der Verordnung auch bei Verwandten vorausgesetzt wird, wenn sie aus dem Titel eines ad pias causas errichteten letzten Willens erben wollen. Geht nun aber diese wesentliche Voraussetzung der Armuth und Bedürftigkeit, so fällt hiedurch selbstverständlich auch die Ausnahme hinweg, daß das fragliche Testament zu dem Zwecke der Wohlthätigkeit ex pio motu caritatis errichtet worden. Zudem wird in vorliegendem Falle dieser Wille, diese Absicht der Testatoren, noch durch die bestimmten Worte des Testaments in unzweideutiger Weise ausgedrückt. Daher kann nicht entfernt davon die Rede sein, daß die B.'schen Eheleute die Absicht hatten, ihren drei Töchtern durch Errichtung eines Testamentes ad pias causas den größeren Theil ihres Vermögens zuzuwenden. Fällt aber die Ausnahme des angeführten §. 18 hiedurch hinweg, so tritt wieder die durch §. 15 confirmirte Regel in Wirksamkeit, und ist ein dieser Regel zuwider errichtetes Testament ungültig.

Ein Testament aber, welches von einer von der Fähigkeit zur Testamentserrichtung ausgeschlossenen Person errichtet wurde, ist von Anfang an nichtig und wird seinem ganzen Umfange nach und rücksichtlich aller darin enthaltenen Bestimmungen unwirksam (Cassert, Band. S. 546. Bd. III). Es kann somit auch von der durch die Revision angestrebten theilweisen Aufrechthaltung der Testamente bezüglich des Dritttheiles schon aus diesem Grunde keine Rede sein. Selbstverständlich können auch die durch Kap. II Nr. 10 der norma practica rücksichtlich der Testamente ad pias causas statuirten Ausnahmen von den allgemeinen Rechtsbestimmungen hier keine Anwendung finden, da der Begriff einer pia causa, wie oben gezeigt, mangelt.

Hiedurch wird aber auch die ganze Revisionsausführung, so weit sie die allerdings in ihrer Allgemeinheit nicht vollkommen richtige Ansicht der Vorinstanz, daß die allegirten Stellen der R.G.D. überhaupt auf Testamente der Eltern unter ihren Kindern keine Anwendung finde, betrifft, völlig gegenstandslos, indem hier immer vorausgesetzt wird, daß, wie nicht, wirklich ein testamentum ad pias causas vorliege.⁴

OAGGf. v. 11. Mai 1866 Nr. 613^{65/66}.
77.

2.

Fassung des Beweisfap. bei der Klage aus dem constitutum debiti proprii.

Vgl. Bd. XXVI S. 110.

Nach den Behauptungen der Klage hatte die Beklagte dem Kläger für den Fall, daß ihre Verath mit R. L. zu Stande komme, 2000 fl. zu zahlen versprochen und war diese Ehe auch geschlossen, dann aber durch den Tod des Ehemannes der

Beklagten wieder aufgelöst worden. Nach dem Tode ihres Ehemannes soll, wie in der Klage weiter behauptet wurde, die Beklagte die aus jenem Versprechen entsprungene Schuld anerkannt und dieselbe zu zahlen versprochen haben. Die zweite Instanz legte dem Kläger alternativ mit dem Beweise des ursprünglichen Versprechens den Beweis auf, daß ihm die Beklagte nach dem Tode ihres Ehemannes versprochen habe, die 2000 fl. zu zahlen. Der oberste Gerichtshof machte zur zweiten Beweisalternative den Zusatz: „in Anerkennung eines früheren, für den Fall des Zustandekommens ihrer Heirath mit N. L. gegebenen Versprechens“, — und sagt darüber in den Entscheidungsgründen:

„Wenn Beklagte nach dem Tode ihres Mannes die aus fraglichem Versprechen entsprungene Schuld ausdrücklich anerkannte und sie zu zahlen versprach, so liegt hierin allerdings ein *constitutum debiti proprii* und somit ein selbständiger Klagegrund. Wenn nun aber auch in dieser Beziehung die Anschauung des Richters II. Instanz die richtige ist, so geht er doch zu weit, wenn er einfach bloß Beweis auferlegt, daß ein Schuldversprechen stattgefunden. Nach dem Laute dieser Beweisauflage wäre es gleichgiltig, ob überhaupt früher eine Schuld bestanden, und es wäre der Beklagten nicht einmal erlaubt, Gegenbeweis deshalb zu führen. Das *constitutum debiti proprii* bedarf aber so gut einer *causa*, als jedes andere Schuldversprechen, und diese *causa* liegt im Bestehen und in der Anerkennung einer früheren Schuld. Wenn auch die Anerkennung in diesem Falle den Gläubiger vom selbständigen Nachweise der ursprünglichen Schuld befreit, so muß doch wenigstens vollständiger Beweis darüber erbracht werden, daß überhaupt eine frühere Schuld anerkannt worden ist, und welche. — In wie ferne dieser Beweis im vorliegenden

Falle aus den Umständen zu entnehmen sei, wird sich erst nach dem Resultate der Beweisführung erweisen lassen. — Es war daher dem fraglichen Beweissage ein entsprechender Zusatz zu machen.“

Oberf. v. 8. Mai 1866 Nr. 584^{69/66}.

77.

3.

Unterscheidung zwischen Scheinvertrag und betrügl. Veräußerung.

Oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir hierüber Nachstehendes:

„Die Beschwerde stützt sich auf die Deduktion, daß, wenn der Betrug bei dem zwischen den Eheleuten J. und D. K. und deren Sohn P. abgeschlossenen Vertrage als erwiesen anzunehmen sei, dieser Beweis auch für die Behauptung eines Scheinvertrages als geliefert zu erachten sei. Diese Deduktion ist aber unrichtig.

Ein Scheinvertrag oder simulirter Vertrag kann in doppeltem Sinne gedacht werden, entweder so, daß die Kontrahenten überhaupt nicht im Sinne hatten, einen Vertrag abzuschließen, oder so, daß sie einen anderen Vertrag abzuschließen beabsichtigten, als jener, der sich aus ihrer Willenserklärung ergibt. Aus dem Vorbringen in der Klage muß gefolgert werden, daß der Kläger erstere Art der Simulation habe behaupten wollen. Diese unterscheidet sich aber wesentlich von der fraud, welche ein Requisit der actio Pauliana ist. Bei ersterer verbleibt das Vermögen des Schuldners ungeschmälert und die Täuschung soll eben dazu dienen, es ihm dem Andringen der Gläubiger gegenüber zu erhalten; bei der alienatio in fraudem creditorum facta wird dagegen vorausgesetzt, daß eine ernstlich gemeinte Veräußerung gegeben, der Zweck derselben aber ein widerrechtlicher, auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichteter, gewesen sei.

Hieraus ergibt sich, daß der Beweis der fraudulösen Veräußerung mit jenem der dolosen Simulation nicht zusammenfalle, und daß die Indizien, aus welchen die Vorinstanzen in concreto den Beweis der alienatio in fraudem creditorum facta abgeleitet haben, nicht zugleich auch die Simulation außer Zweifel stellen.

OAGrf. v. 5. Mai 1866 Nr. 522^{65/66} 77.

4.

Ueber die Voraussetzung der Zulässigkeit des Ezekutivproceßes, daß aus der Urkunde die causa debendi ersichtlich sei.

Vergl. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 253.

Im Ezekutivproceße war aus einem Schuldscheine geklagt, in welchem zwar nicht die ausdrückliche Bezeichnung der Schuld als Darlehen vorkam, aus dessen ganzer Fassung sich aber deutlich entnehmen ließ, daß die Schuld ihren Grund in einem baar empfangenen Darlehen hatte. Die erste Instanz ließ die Klage zu, bei deren Verhandlung auf Antrag der Parteien Vorakten beigebracht wurden, in welchen der Beklagte die Darlehensqualität der Schuld zugestanden hatte, worauf der Beklagte verurtheilt wurde. — Die zweite Instanz änderte dieses Urtheil ab, weil sich die Klage bei dem Mangel bestimmter Bezeichnung des Schuldgrundes in der fraglichen Urkunde nicht zum Ezekutivproceße eigne. — Der oberste Gerichtshof stellte die von der ersten Instanz ausgesprochene Verurtheilung wieder her, weil es genüge, daß die causa debendi in der Urkunde thatsächlich ausgedrückt sei, auch die Natur des Ezekutivproceßes nicht ausschließe, eine etwaige Lücke des urkundlichen Klagebeweises aus den rite adhibirten Vorakten zu ergänzen.

OAGrf. v. 26. Mai 1866 Nr. 345^{65/66} 77.

E. E. G. M.

5/20/02





